الكتب القانونية

قانون السلام في الإسلام

دكتور

محمد طلعت الغنيمي

دكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة

دكتوراه الفلسفة من جامعة لندن

أستاذ القانون الدولي العام جامعة الإسكندرية

مستشار بالأمم المتحدة

محام لدى محكمة النقض

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية

جلال حزي وشركاه









دكتور
محمد طلعت الغنيمي
دكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة
دكتوراه الفلسفة من جامعة لندن
أستاذ القانون الدولي العام بجامعة الإسكندرية
مستشار بالأمم المتحدة
محام لدى محكمة النقض

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه



بسم الله الرحمن الرحيم

اهـــداء

إلى المقام النبوى الشريف
وقد حدث صاحبه بأن : « العلماء هم ورثة الأنبياء » .


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

مضامين الكتاب

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الصفحة

الصفحة

الصفحة

خطبة الكتاب

الحمد لله بكرة وعشياً ، جهرة ونجياً ، عسى ألا أكون بدعاء ربى شقياً . والصلاة والسلام على من تحلى بالخلق العظيم ونعت بأنه روءوف رحيم وبعث بالحق وصراط مستقيم . أما بعد :

فإن قضايا المصير الإسلامى اليوم متعددة وملحة وتدور كلها حول غاية واحدة هى إعادة هذه الأمة إلى دينها القويم لتجد فى رحابه عزتها العابرة ومجدها الغارب . وتبرز من بين هذه القضايا قضية ذات بال تبغيا إحياء قانون السلام واستنقاذه مما ران عليه من ضعف واستعجام . وتلك لعمر الحق قضية خطيرة وبالاهتمام جديرة لأنها تمس وحدة الأمة الإسلامية وتتمحور حولها العلاقات الدولية ، وشواهد تاريخنا على ذلك جلية . ولذا فإن استقصاءها والدفاع عنها أمر تفرضه العقيدة ويزكيه الإيمان . وأغلب الظن عندى أن هذا الاجتهاد هو الآن فرض عين على كل قادر لندرة الباحثين وقلة الدارسين فما أحوجنا إليه بعد أن لبث المسلمون تحت نير الاستعمار أحقابا وكانت دارهم للمعتدى مآبا يستلب ثرواتها برداً وشراباً ثم شاء الله أن يقيض لدار الإسلام مفازاً جزاءً منه عطاءً حساباً . وكان لابد أن تواكب هذه الصحوة الميمونة جهود مخلصة تزيل ماران على الجبين وتكشف زيف المنافقين وتُثبّت بالقول الثابت خطى المؤمنين .

وليس عجباً أن يقطب الفكر الغربى جبينه عندما يطرق سمعه تعبير « قانون السلام الإسلامى » لأن من بين ائمتهم من ينكر وجوده اصلاً . فهذا أحد سراتهم — ارثر نسباوم — يصف القانون الإسلامى فى العلاقات الدولية بالشح والغموض ولايستثنى من ذلك إلا بعض مظاهر الحرب (راجع Nausbaum, Arthur- A Concise History of the Law of Nations, New York, 1965, p. 4) .

ثم إن جهود أولئك الذين عنوا بتفهمه من المحدثين إنما تتسم بالعجز والتواكل لأنهم متشبثون في ترمت بتلاليب فقه تقليدى تدفعهم إلى ذلك دعوة إلى قفل باب الاجتهاد . والحق أن فقهاء اللاهوت التقليديين رفضوا الإقرار بتعايش سلمى بين دولة الإسلام وغيرها من الدول غير الإسلامية واعتبروا أن الجهاد هو ركيزة الإسلام لاحتواء دار المخالفين ونشر أحكام الدين فضيقوا بذلك من مفهوم القانون الدولى الإسلامى وأغفلوا عالمية قضيته . وإذن فقانون السلام الإسلامى لا يواكب القانون المعاصر نطاقاً واستخداماً . ومادام أن الحضارة الإسلامية قد دالت أيامها فإن القانون الإسلامى أصبح بين خيارين : أن ينزوى فلا يملك خطاباً أو أن يساير موكب الجماعة الدولية تابعاً علاباً .

والحق أن الفقه التقليدى — الذى تبلورت أفكاره فى القرن الثانى الهجرى وبعد سقوط الدولة الأموية — عاش بمفاهيم انعزل بعضها عن الواقع ولم يتصل بما هو جار . فهو مثلا تحمس لوحدة العالم الإسلامى تحت إمامة واحدة واعتبر أن الفرقة تعنى لعصا الطاعة وسير على غير طريق الجماعة ، يقول ذلك وقت أن كانت إمامة الأندلس تعاصر إمامة بغداد والإمامتان تكتبان فى تاريخ الإسلام صفحات زاهية بأقلام من نور . ويتركنا هذا الفقه فى حيرة أى الأمامين هو الذى سلك غير سبيل المؤمنين . ويتصل بذلك تقسيم العالم إلى دارين : إسلام وحرب . ويتجاهل أن العلاقات الإسلامية الدولية عرفت مع تبلور الفقه التقليدى نشاطاً مشتركاً حكمت فيه الدولة الإسلامية معاهدة مع بيزنطة جزيرة قبرص لفترة غير قصيرة .

ويقول ايضا إن معاهدة المسلمين مع المخالفين يجب ألا تتجاوز اجلاً محدوداً استناداً إلى الأجل الذى ضربه الرسول لمعاهدة الحديبية ولا يأخذ فى الاعتبار أن معاهدة الحديبية كانت هدنة بين الإسلام والكفر وأن هدنة كهذه ماكان لها أن تبرم إلا لأجل محدود بل ومحدود جداً ومن ثم فهى مقيس لايقاس عليه ، ولاننسى أن بنى امية أبرموا معاهدات مع بيزنطة لأجل غير محدود ولكن ظروف ذلك لم تؤخذ بعين الاعتبار الكافى من قبل . . . فال . . التحديد .

وكان موقف الفقه التقليدى من أهل الكتاب ـــ أو الذميين كما أسماهم ـــ على غير مايستفاد من السوابق فى عهد الرسول والخلافة الراشدة . وإن كانت هناك فوارق جزئية فذلك أمر طبيعي لأن حقوق الإنسان قد تختلف فى بعض التفاصيل بين فئة وفئة سعياً لتنظيم أفضل ولكن تبقى الإنسانية هى الإنسانية ويقف منها الرسول موقف التبجيل والاحترام لأنها نفحة من روح الله سجدت لها الملائكة . وجرى بالذكر أن بنى قينقاع وقفوا إلى جانب الرسول فى معركة خيبر وأن قبائل تغلب وتنوخ وبكر ـــ وكلها قبائل مسيحية ـــ أبلت مع المسلمين بلاء حسناً فى حروبهم وسررت فروسيتها فى غزو فارس . ومن أهل الكتاب من تولى الوظائف العامة فى عهد الخلافة الراشدة مثال ابى زبيد المنذر فى عهد عمر ، وحاكم نجران فى عهد على بن ابى طالب . وليس أهل الكتاب بنجس لأن طعامهم ونساءهم حل لنا . ويطول بى المقام لو أننى أردت الافاضة فى الكلام ، ومعالجة ذلك فى الحقيقة هو لب هذا البحث وجوهر هذه الدراسة .

إن هذه الهوة بين النظر والواقع تعود فى أغلب الظن إلى طبيعة فكر الأوائل الذين أرسوا أسس الفقه التقليدى فهم لاهوتيون يغلب على حدلهم منطق العبادات أكثر منه حكمة المعاملات . وقد نسى الناس فى خضم هذه العنجهية الفقهية أن رقعة الإسلام تجاوزت حدود الفتوحات بمساحات ومساحات والفضل فى ذلك يرجع إلى الأسوة الحسنة التى ضربها التجار المسلمون لشعوب تلك المناطق فكانت القدوة التى حثتهم على اعتناق الدين الحنيف .

إننى لا أبغى من وراء قولى هذا أن اتهم الفقه التقليدى الذى أقر بأنه نموذج عبقرى للفكر القانونى ولا أن أقلل من شأن أصحابه وهم جهابذة أفذاذ ، وإنما رغبت فى أن أوضح فى عجالة تؤكدها هذه الرسالة أن ماسبق من نظريات فقهية لا يعلو على الجدل ولا يتسامى دون التعليق فالعصمة لله وحده . وحرام علينا أن نضفى على رأى بشر قدسية أو أن نقر له بديمومة الصلاحية التى هى خصيصة للشريعة الغراء وحدها .

وطبيعى أن تتأثر نظرة المرء إلى قانون السلام بنظرته الأعم إلى النظرية الإسلامية ككل . ويقول وات — وهو بذلك إنما يردد اتهام الكثيرين — إن هناك اتهاما للإسلام بأنه دين الجمود والتخلف ، ويعلل ذلك الادعاء بأن الإسلام عاش قرونا ساق عداوة لدودة من المسيحية حتى أن الغرب أسمى محمدا باسم Mahound ، وهو لقب يطلق على أمير الظلام ، ونسب الإسلام إلى نبيه فسماه (الشريعة المحمدية) وذلك خلط مرفوض نهج فيه الغرب نهجه في مسميات الشرائع الأخرى كالمسيحية إذ قرنها بالسيد المسيح والموسوية نسبة إلى موسى عليه السلام ، ولكن الإسلام ليس شريعة إنسان بل شريعة الخالق الديّان .

ومن هنا كان لابد لمن يتعرض لتمحيص قانون السلام الإسلامى من أن يتحلى بالموضوعية ويتدرع باستهداف الحقيقة — ولما كانت فلسفة الإسلام تقوم على أن الناس « أعلم بشئون دنياهم » فإنه ليس بمتصور أن يتناقض الإسلام مع الرقى الحضارى إذا عنينا بالحضارة السمو الروحى والنماء الثقافى والتقدم المادى .

ولما كان امرأ بديهيا أن يبدأ الباحث فى القانون الدولى بمسح البيئة السياسية التى ترعرعت فى مدارجها مدركات الجماعة الدولية عبر القرون فإنه لمن مقتضيات حسن العرض أن نستهل دراستنا للقانون الدولى الإسلامى بنظرة خاطفة فى الوضع الدولى للجزيرة العربية وقت أن أشرق عليها نور الإسلام . لقد كانت الجزيرة العربية تتاخم دولتين كبيرتين هما بيزنطة غربا وفارس شرقا — كفتى ميزان القوى آنذاك — وكانت للمنافسة بينهما معقباتها فى الجزيرة العربية . ويمكن أن نقول إن الجزيرة العربية كانت تنقسم عهدئذ إلى قسمين سياسيين : المحميات ، والأقاليم المستقلة . أما المحميات فكانت دويلات تحميها الدولتان العظميان ، اللخميون فى حجر فارس والغساسنة فى حجر الروم وكندة وسط الجزيرة فى ولاء لتبع اليمن فى الجنوب . وقد زالت كندة على يد اللخميين ثم انتصر الغساسنة على اللخميين . أما اليمن فظلت فى صراع مع الجوار إلى أن اسلم أميرها سنة ٦٢٨ م .

وظل باقى الجزيرة بدوا تستقل كل قبيلة منهم عن الاخرى فلا تجمعهم إلا إرادتهم الحرة فى حلف من الأحلاف كالمساعدة أو المساندة . وهى تقابل معاهدات الصداقة والدفاع المشترك حاليا . ولعل اشهر أحلاف الجاهلية كان حلف الفضول الذى أبرم فى شباب الرسول لحماية حرية التجارة فى مكة . كذلك عرف العرب فى جاهليتهم نظاماً متقدماً للتحكيم أغلب قضاته من الكهان لتسوية ماقد يثور بينهم من منازعات ، ومثله المشهور الاحتكام إلى الرسول عند خلاف قريش حول رفع حجر الكعبة .كما عرفوا مراسم للوفود التى تبعث فى المناسبات الكبرى . بيد إن هذه المظاهر السلمية لم تكن هى الغالبة فقد استبدت بهم ــ إلى جانبها ــ عصبية قبلية تجعل من لا قبيلة له طريداً للقانون وتشعل بينهم ثارات لاتهدأ أضرمت حروباً متواترة سميت بأيام العرب . ومنطقى ــ فى تنظيم كهذا ــ ألا يخلف العرب قانوناً للسلام بالمعنى الذى نفهمه فى هذه الأيام . وإن تعجب فعجب أن تقوم الفرقة فى قوم بينهم من الوشائج فى العرق واللغة والعادات ماكان حرياً بأن يجمعهم فى وحدة واحدة ولكن شركهم فشل فى أن يستجيب لمتطلباتهم الروحية وعَمّت وثنيتهم بصيرة الروح القومية فعمّت الفوضى علاقاتهم وسيطرت الأثرة والإحن على سلوكهم . غير أن زمرة من ذوى الألباب لفظت قلوبهم تلك الروابط الخائرة والحياة المتنافرة وحببت إلى نفوسهم مفاهيم غامضة تدور حول وحدانية الله ، وهؤلاء هم من أطلق عليهم الحنفاء . وهكذا كان المسرح معدا لظهور مصلح عظيم ورائد كريم ينتشل العرب من وهدتهم ويحقق لهم وحدتهم . ولم يكن ذلك سوى الرسول الأمين . « هو الذى بعث فى الأميين رسولاً منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفى ضلال مبين » : (الجمعة / ٢) .

لقد اختار الله الجزيرة العربية مهبطاً لوحيه تأكيداً لحكمة كبرى ذلك أن مهمة القانون ــ كما هو معلوم ــ هى مقابلة حاجات المجتمع لإصلاح مثالبه وإنجاز رغائبه فما بال الأمر لو أن القانون كان تنزيلاً من الرحمن . والعارف

بواقع المجتمع العربى الجاهلى يعلم أنه مجتمع نمطى فى عيوبه نموذجى فى مثالبه بمعنى أنه يعتبر حقلاً مثالياً لاختبار مدى نجاح القانون فى إصلاح مجتمع منهار — يحتاج إلى علاج جذرى وتغيير أساسى . ولايملك جاحد أن ينكر أن الشريعة الغراء قد نجحت نجاحاً باهراً فى تشكيل المجتمع الإسلامى على غرار تضرب به الأمثال وتقصر دون مدحه المعلقات الطوال . وهكذا أثبت الإسلام منذ باكورة أيامه وبدايات تاريخه أنه عروة الأمن الدولى الوثقى ووشيجة السلم العالمى الكبرى فقد بدل الشحناء تكاملاً وجعل من البغضاء تناصراً وصهر العصبية القبلية فى أخوة دينية رائعة « لو أنفقت مافى الأرض جميعا ماألفت بين قلوبهم ولكن الله ألف بينهم » (الأنفال / ٦٣) . وماعرف التاريخ سابقة أو لاحقة لتلك الظاهرة العبقرية التى استطاعت فى سنوات معدودات أن تنجز مافشلت القرون فى تحقيقه .

وطبيعى فى دراسة كهذه أن تطرح العلاقة بين القانون الإسلامى والقانون المعاصر ذاتها على الباحث . ورب قائل يقول إن القانون الإسلامى يمثل حضارة تختلف فى جذورها عن حضارة العصر وتبعاً فإن لكل من النظامين طريقه ومسلكه فهما قطبان متنافران لا يجتمعان ولايرتفعان والتلاقى بينهما يكاد يكون ضرباً من المحال وإذن فنحن بين أن نتبع هذا النظام أو نتبع ذلك وليس بين الفرضين تصور وسط . بل إن البعض قد يتغالى فينكر وجود قانون السلام الإسلامى اصلاً على نحو مانرى بعد قليل .

ولكنى لست من انصار هذه المبالغة الموغلة فى العناد ثم إن الفلسفة الحضارية لقانون السلام الدولى لا تختلف مقوماتها عندى كثيراً بين حضارة وحضارة لأن فكرة السلام من حيث هى إنما تنبثق عن بواعث متقاربة وتدور فى أطر متشابهة ولذا فإنها تتبدى دائماً فى مناخ يكاد يتكرر مع الأيام ومواقع لاتبلى مع الزمان .

فلا غرو إذن أن نلمح بين النظامين — الإسلامى والمعاصر — أواصر تتشابه بل وقد تتكامل وأن نلحظ وشائج يمكن أن تتواكب أو تتشاطر . إننى

لا أعنى بذلك أن النظامين ينبجسان من نبع واحد ولكنى أعنى أن فلسفة السلام — أيا كانت تطبيقاتها — إنما تتمنطق بمنطق عقلى واحد — يتغيا رفاهة الجماعة الدولية عن طريق توطيد العلاقات الودية وتأكيد الروابط السلمية فهو يجعل من احترام المواثيق والوفاء بالعهد قاعدة الاساس فى البناء القانونى ويضمن حدا أدنى من الامن لمن يعيشون فى ظله . ومن هذا المنطق تنبت الأصول وإن تباعدت الفروع وتستقيم السيقان وإن تعايرت الثمار ، صنوان وغير صنوان ولكنها تسقى بماء واحد . ولايجهلنى أحد على قولى هذا فيزعم أنى أرى أن احكام قانون السلام فى الإسلام نقل عن أحكام قانون السلام فى الوضع المعاصر ، فمعاذ الله أن استنبط قانون الكمال من قانون الإقلال ولكنى أقول إن الفكر الإنسانى يستوعب فلسفة السلام على مدى الأزمان بنهج واحد ، غير أنه وإن كانت بداية الدرب واحدة إلا أن قانون السلام قد يسلك فى عصر ما درباً تتفق بعض علاماته مع درب العصور السالفة وتختلف فى البعض الآخر . وهذا هو حال قانون السلام الإسلامى ذلك أن الله فى شريعة الإسلام يدعو إلى دار السلام وكذا الأمر فى القانون المعاصر كما أن العهد مسئول فى النظرية الإسلامية والملتزم عبد التزامه فى الوضعية القانونية ، أما كيف يكون السلام وماحدود الالتزام فإن تفاصيل ذلك فى النظامين — الإسلامى والمعاصر — قد يتوافق وقد تتباين ، وفى الحالين يجب أن نذكر أن للإسلام سبقاً تاريخياً ينفى عن مبادئه أن تكون نمطاً قد قيس على أنماط لاحقة أو تصوراً تأثر بتصورات تالية .

ويتقعر البعض فيصمون دراسة القانون الدولى الإسلامى بأنها مجرد دراسة فى التاريخ بعد أن غابت شمس الحضارة الإسلامية وأصبحت امجادها رسماً من الماضى ومن ثم فإنهم لا يأملون أن تثمر تلك الدراسة جدوى ذات بال فى مجال الدراسات الفقهية الدولية . وإنى أسائل هؤلاء القوم عن جدوى دراسة تاريخ القانون الزمنى ، ولِمَ يقرون بأهميتها عندما ينبشون مثلاً فى أطلال القانون الرومانى ويشيحون بأفكارهم عندما يتصل الأمر بالقانون الإسلامى . ثم إن

وصف الأحكام الإسلامية بأنها تاريخ قد يندرج على الوقائع ولكنه لا ينطبق على الأفكار فالسوابق تاريخ ولكن النظرية ماض وحاضر ومستقبل . وسائل هؤلاء هل تاريخ ذلك الذى تقوم حجته إلى يوم الدين وترتفع ألويته خفاقة على العالمين ؟ إن النظرية الإسلامية حية مابقى المسلمون دائبة مادامت مواقع النجوم . ليس لها زمان ولا مكان فهي فى كل زمان ومكان « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » (الحجر /٩) . ومع ذلك فليس غريباً أن يبادئنا معاند باستفسار عن الجدوى من دراسة قانون السلام الإسلامى . وأغلب الظن أن سائل هذا السؤال هم ممن يرون أن القانون الدولى الإسلامى قانون فئة مغلوبة على أمرها وليس لها فى الجماعة الدولية من الكيان مايؤهلها لأن تعرض من نظرياتها أو تدعم مفاهيمها . والحق أن هذه النظرة تعد اليوم نظرة متخلفة تعجز عن أن تواكب عصرها أو تساير زمنها . لقد كانت لمثل هذا القول رجاحته وقت أن كان للاستعمار بطشه وللقوة زخمها أما اليوم وبعد أن فتحت أبواب الجماعة الدولية على مصراعيها لعضوية الدول النامية فأصبحت هى الغالبية العددية فى الأمم المتحدة وشدت مصالح الدول الكبرى بمصالح تلك الدول العصرى فإنا لا نستطيع أن نأخذ هذا القول على علاته ولا أن نقبله بسذاجة .

إن دخول الدول حديثة الاستقلال إلى حلبة العلاقات الدولية كان له أثره البالغ على تطور القانون الدولى العام الذى ظل يحتفظ إلى بيت وربع قرن مضى بطابع غربى يعود إلى نشأته الأولى وبيئته التى ترعرع فى جنباتها . إن انفتاح النادى الدولى على الدول النامية ضم إلى ذلك النادى دولاً لا تجمعها حضارة مشتركة ولا تلمها أفكار موحدة ولا تحتويها مصالح متماثلة ومن هنا كان صراع المصالح بين الدول النامية والدول الرابية صراعاً أشد وأنكى وخلافاتها أعمق وأشرى .

إن التنظيم القانونى الذى يوائم مصالح الدول المستوردة لرأس المال والخبرات مثلاً قد يختلف اختلافاً جذرياً عن التنظيم القانونى الذى يوائم مصالح الدول

المصدرة لرأس المال والخبرة . ولذا نجد أن الدول النامية تتمسك بمبدأ المساواة في المعاملة في شأن التزاماتها حيال الأجانب والملكية الأجنبية في معنى أن الدولة لا تلتزم قبل الأجانب المقيمين على إقليمها بأكثر مما تلتزم به حيال رعاياها ، في حين أن الدول الأوربية تدافع عن فكرة الحد الأدنى من الحقوق للأجنبي الذى يجب على الدولة ألا تتدنى عنه في معاملتها للأجنبي بغض النظر عن المعاملة التى يلقاها مواطنوها .

ولم يقتصر الشقاق بين الدول النامية والدول الراقية على تفسير وتطبيق القانون الدولى بل امتد إلى المبادىء العامة والأفكار الأساسية من حيث أن تلك المبادىء والأفكار — التى جهزت لتقابل حاجات أوروبية خالصة — أصبحت تضيق عن مقابلة الحاجيات العالمية شرقيها وغربيها . ولذا نجد أن كثيراً من المبادىء الأساسية التى بنى عليها القانون الدولى الحديث والتى بقيت مستقرة طوال قرون راحت تهتز وتتهاوى في العقود الأخيرة إما استجابة لأفكار مذهبية وإما تأثرا بمصالح الدول النامية .

ولما كانت الدول الإسلامية — ولو أنها كلها نامية — تضم قرابة سدس سكان المعمورة وتتشابك مع غيرها بمصالح العالم أجمع فلا بد أن تكون قادرة على أن تجلب بمبادئها الإسلامية العبقرية ومناحيها القانونية الفذة بصمات تستحث تطوير القانون الدولى العام المعاصر لاسيما إذا ذكرنا أن المبادىء العامة التى تقرها الدول المتمدينة تعد — حسب صريح نص المادة / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية — دليلا من الأدلة الرئيسة على القانون الدولى العام . وتشهد كثير من المؤتمرات الدولية والمعاهدات الجماعية على صدق ماأقول ، وأضرب مثلا لذلك بالملحقين (اللذين أبرما فى جنيف سنة ١٩٧٧/١٩٧٦) ، لتطوير أحكام القانون الدولى الإنسانى التى تضمنتها اتفاقات جنيف سنة ١٩٥٤ فقد تبدت فيهما لمسات الإنسانية الإسلامية وبرزت اتجاهاتها الفقهية . ويقرر استاذى البروفسور جوسود فى مقدمة خطها لكتاب سبق أن ألفته عن القانون الدولى الإسلامى إن فقهاء الغرب

تقاعسوا عن بذل ماكان يجب عليهم أن يبذلوه من جهد للتعرف على أحكام القانون الإسلامى على الرغم من أن م ٩ من نظام محكمة العدل الدولية تفرض على الجهازين (مجلس الأمن والجمعية العمومية للأمم المتحدة) أن يراعيا فى اختيار القضاة تمثيل النظم القانونية الرئيسة فى الحضارة المعاصرة . ولعل البعض قد بدأ يتنبه إلى تلك الحقيقة إذ نجد أن لجنة القانون الدولى تحرص فى صياغتها لأحكام القانون الدولى على أن تستفتى ـــ بقدر ما من التوفيق ـــ أهم النظم القانونية المعاصرة . ولعل الدور المحدود الذى تؤديه النظرية الإسلامية فى حلبة القانون الدولى المعاصر حتى الآن يرجع إلى أن تلك النظرية هى بدورها فى حاجة إلى استيضاح وبلورة حتى تصبح صالحة لأن تُطرح فى المجالات الدولية وتغدو قادرة على غزو العقول القانونية فإن هى بقيت خافية كما هى الآن كان ذلك فرضاً عليها بالتخلف والتقاعس ، ومن هنا تبدو أهمية البحث الذى تتغياه هذه الدراسة .

والحق أن الدور التكميلى بين النظامين دور متبادل فكما أن قانون السلام الإسلامى يمكن أن يسد ثغرات قانون السلام المعاصر ، فإن قانون السلام المعاصر يمكن ـــ عند عدم وجود حكم مخالف فى النظرية الإسلامية ـــ أن يعد من الأعراف المكملة للقانون الإسلامى الدولى . بيد أن دور القانون الإسلامى ـــ فى هذا التكامل ـــ أوسع من دور القانون المعاصر ، ذلك أن القانون الإسلامى معدل ومبدل ومكمل ، أما دور القانون المعاصر فدور مكمل فحسب بمعنى أن القانون الإسلامى يمكن أن يعدل من أحكام القانون المعاصر بل وأن يقدم بدائل لأحكام عفت وأفكار تخلفت ، كما انه يملأ فراغات ذلك القانون . أما القانون المعاصر فدوره تكميلى فحسب ومشروط بألا يخالف حكما أو نصاً إسلامياً . ومن ثم فإن تطلب رفع علم على السفينة أثناء إبحارها يمكن مثلاً أن يكون حكما من أحكام قانون السلام الإسلامى لأنه يكمل الاحكام البحرية فى مسألة لا تعارض تلك الأحكام أو النصوص . وتبعاً فلا ضير على من يناقش النظرية الإسلامية فى قانون البحار من أن يتبنى حكماً

كهذا ضمن قواعد قانون البحار الإسلامي . وقد يكون فى مفهوم إشارة بعض الآيات الكريمة تعزيز لهذا الرأى كقوله تعالى « والفلك تجرى فى البحر بما ينفع الناس » (البقرة / ١٦٤) لأن تطلب ريح العلم هو من قبيل تأمين الرحلة البحرية وتبعا تأمين حصول الناس على ماينفعهم .

أما دعوة الأفكار فذات اتجاهات ثلاثة : فهناك فريق ينكر قانون السلام الإسلامى كنظام قانونى متكامل وإن اعترف بأن فيه بعض القواعد التى تصلح لحكم العلاقات الدولية ، وذلك الادعاء الغربى — الذى يجاريه قلة من الفقهاء العرب — يصدر عن نظرة قاصرة لأحكام الشريعة الغراء ، ويتأثر بواقع عارض لما عليه الفقه الإسلامى المعاصر . ولعل دراستنا هذه تكون رتقا فقهيا يضع أصحاب هذا الرأى على جادة الصواب ويفتح لهم أفاق ماقصرت عنه مداركهم وعاب .

وهناك فئة تقول إن القانون الدولى الإسلامى قانون حرب ولايعرف السلام وهى تشير بذلك إلى أن علاقة دار الإسلام بدار الحرب تقوم أصلاً ودواما على القتال وليس فيها متسع للسلام ، ولهذه الفئة عذرها مما تقرأه فى كتابات الفقه التقليدى ، وذلك ماأتولى مناقشته بعد قليل . ولكنى أبادر فأثبت أن الإسلام هو دين السلام فليس عجباً أن تقوم نظريته القانونية الدولية أساساً على مدرك السلام . والحق أن النظرة المتحررة إلى فكرة تقسيم العالم إلى دارين لابد أن تنتهى إلى فهم قريب مما قال به أبو حنيفة فهو تقسيم يتغيا توافر صفة الأمن والسلام للمسلمين فى دارهم وتوقى الخوف والعدوان عليهم فى غير دارهم . وإذن فلا يصح أن يتخذ دليلاً — كما يروج لذلك بعض المستشرقين — على أن المسلمين أهل حروب وغارات أو أنه يمثل منهاج المسلمين فى العلاقات . إن تغاير الدين ليس هو فى الحقيقة مناط التقسيم وإنما مناطه انقطاع العصمة وترجيح سوء المعاملة ومن ثم فإن دار الحرب ليست إلا الدار التى تأبى أن تكون على علاقات سلم مع الدولة الإسلامية . وإذن فوصفها بذلك وصف عارض ينطبق مابقيت مبرراته ويزول بزوالها ، وتلك بديهية يقرها المنطقيون الغربيون .

وهناك فئة ثالثة يشط بها الفكر فتذهب إلى أن النظرية الإسلامية أضيق من أن تحتوى نظاماً قانونياً دولياً للسلام وتزعم أن تاريخ العلاقات الدولية يشهد بذلك . فهم لا يرون فى السوابق الماضيه مايدل على أن ذلك القانون قد حكم خارج الدولة الإسلامية أو نظم رابطة بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول . وتلك لعمر الحق نظرة رمدة تنكر الشمس من أذى بها فالقرآن الكريم به العديد من الآيات التى تنظم علاقات دولية (أقرأ سورة براءة على سبيل المثال) والحديث الشريف كذلك ، ثم إن التاريخ يكذب مايزعمون « وإذا قيل لهم لا تفسدوا فى الأرض قالوا إنما نحن مصلحون . ألا إنهم هم المفسدون ولكن لا يشعرون » (البقرة / ١١ ، ١٢) .

لقد بدأ قانون السلام الإسلامى — فى رأيى الخاص — بمعاهدة الحديبية (٦٢٨ م) ولا أقول بعهد المدينة الذى آخى بين الانصار والمهاجرين حتى لا أفتح باباً للجدل حول طبيعة ذلك العهد وهل كان دستوراً أم معاهدة . وكم من علاقة سلام جمعت — فى عهد الرسول ﷺ — بين المسلمين وغير المسلمين — فى تاريخ دبلوماسى طويل من العهود والتعاون مع الأعداء القدامى على البر والتقوى . وقد سجل شعر حسان بن ثابت والاعشى وكعب كثيراً من هذه الحقائق وتمثلت أول بادرة لذلك عندما ارسل الرسول ﷺ فى باكورة الدعوة رسله إلى ملوك وحكام الدول المجاورة يدعوهم بدعوة الإسلام . كما أشارت الآية الكريمة الخاصة بحروب الروم والفرس إلى ارتباط الإسلام بالعلاقات الدولية « غلبت الروم فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون فى بضع سنين . لله الأمر من قبل ومن بعد ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ينصر من يشاء وهو العزيز الرحيم » . (الروم / ١ — ٤) وكان للمسلمين مع جيرانهم علاقات لعل بدايتها كانت هجرة المسلمين إلى الحبشة . كما ذهب عمر بن الخطاب إلى بيت المقدس ليتسلمها من حاكمها ، وأبرم حاكم مصر المسلم عهداً مكتوبياً مع أهل النوبة فى جنوب مصر ، وعزف سفراء الدولة الإسلامية عن الركوع أمام حكام الفرنجة على عكس ماكانت تقضى به

الأعراف الدبلوماسية فى تلك الأيام ، وذلك قليل من كثير ، وتلك الأمثال نضربها للناس . ومن ذلك ومن سوابق الإسلام فى عهد الخلافة الراشدة ومابعدها انتهى الفقهاء إلى إقرار فكرة دار الصلح ودار العهد . وبدهى ألا يكون هناك صلح أو عهد فى نظام إلا نظام السلام فضلاً على الصور الراهنة التى أعرض لها فى مواقعها من الدراسة . ومرة أخرى أقول إننى ارجو أن يكون فى دراستنا هذه مايرد على دعاوى الجهلاء والمتنطعين .

ولكن أى فكر اسلامى يراد إحياؤه ؟ إنه الفكر النقى الخالص المستمد من الكتاب الكريم وماصح عن الرسول من حديث . فكر بعيد عن التزمت الذى يعسر ولا ييسر ويتبرأ من مسوح الزيف الغربى .

إن الجرى الأعمى فى فلك الحضارة الغربية — فى رأيى — هو أخطر ماأصاب الشعوب الإسلامية . وقد يكون للاستعمار العسكرى الذى تحررت الشعوب من ربقته حديثا دخل فى هذا ، وقد يكون للاستعمار الثقافى الذى نعايشه دور أكبر ، وقد يكون للتقليد غير الواعى دور أبعد خطورة ولكن النتيجة واحدة وهى أن الحضارة الغربية قد خلفت بصماتها غير المحمودة على جوانب عديدة من حياتنا ، سواء على مستوى الأفراد أم الجماعات .

وغنى عن القول إن للحضارة جانبين : الأول الجانب المادى الصناعى وهذا لا غنى لنا عنه ولا مانع من الاستفادة منه . إننا مطالبون إسلامياً بالتقدم فيه واستكناه أسرار الكون والسعى فى مناكب الأرض والوقوف عند بعض أسرار المادة التى وضع الله فيها العديد من أسراره فى خلقه مع تذكير الناس بما كنا عليه من حضارة طائلة ومدنية هائلة وقت أن كانت القرون تلف الغربيين بظلام دامس من التخلف والرجعية فى شتى مناحى الحياة .

أما الجانب الثانى للحضارة فهو الجانب المتصل بالثقافة والأخلاق والأفكار والمبادىء . وهذا الجانب لا يمكن أخذه عن الغير أخذ المقلد أو المتشيع لأن هذا الأخذ عن الغير يعنى ضياع شخصية الأمة وذوبان هويتها فى هوية الآخرين فى الوقت الذى حدد الإسلام شخصية الأمة وثقافتها وصبغها

بالصبغة الإسلامية الخالصة ، ووضع الله لنا القرآن والسنة لنستمد منهما كل مقومات الأخلاق والأفكار والثقافة . إننا مهما نطقنا تقاليد العرب بلسان الغرب فستظل دربا دخيلا علينا وأى درب !! .

ولا شك أن العودة إلى الأصالة الدينية باتت مطلب كل من يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، بعد تخطى مرحلة الانبهار بالثقافة الغربية وتجاوز الانشغال بمغريات الحياة الأوروبية . « إنا لننصر رسلنا والذين آمنوا فى الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد » . (غافر / ٥١) . (راجع على سبيل المثال كتاب محمد الغزالى فى « دستور الوحدة الثقافية ») .

ومن القضايا الخطرة التى لمستها من خلال اهتماماتى بالشريعة الإسلامية والدراسات الفقهية أن البعض يستغل تعدد وجهات نظر الفقهاء فى القضايا الفقهية ويرمى الفقه الإسلامى بالتهاتر وصعوبة الفهم . والحقيقة أن الذين يقولون مثل هذه الأقوال لا يريدون للإسلام خيراً ويتخذون من الهجوم على الفقهاء وسيلة للهجوم على الإسلام وشريعته .

ولا يفوتنى فى هذا المقام أن أقف مع الدكتور مجيد خدورى — وهو كاتب ربى فينا وليداً ولبث فينا من عمره سنين — أقف معه وقفة عتاب فقد نسى حظاً مما ذكر به ومايذكر إلا أولو الألباب ، وقديما قالوا إن الخلاف لا يفسد للود قضية بين الأصحاب . أعتب عليه أنه يُلبس الإسلام بظلم عندما يصمه بالاستعلاء بما يعطيه للمسلمين من مركز ممتاز حيال غيرهم وبما يتسم به من أنانية لا تقر بشرعية نظام سوى نظامه . والإسلام من ذلك براء ، ولنذكر قوله تعالى « وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله » (المائدة /٤٣) وقوله سبحانه وتعالى « وليحكم أهل الإنجيل بما أنزل الله فيه » (المائدة / ٤٧) . ويبدو أن الكاتب خانته الذاكرة فنسى أن الغرب لازال يتغنى بصور من الاستعلاء أسوق مثلا لها فى المركز الذى تشغله الدول الكبرى فى مجلس الأمن . وتكلّ نظرة الكاتب إذ يجرد الإسلام من ركيزة السلام ويذهب إلى أن جهاز السلام فى الإسلام جهاز مؤقت ينظم علاقات تهادن عارضة فيما بين

الخروب : وماالإسلام عند كل مصنف إلا السلام وإلا فأنى لى بما فى كتابى هذا من أحكام . ويبعد عن الصواب عندما يستلب من الإسلام فضل إرساء مدرك المساواة وينسبه إلى القانون الدولى المعاصر ، وفى التنزيل الكريم — منذ نيف وأربعة عشر قرناً — آيات بينات فى المساواة « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا » (الحجرات / ١٣) ورسول الإسلام يقول « كلكم لآدم وآدم من تراب » . وينثلم منطق الكاتب فى تصوره بأن الإسلام ذو طابع شخصى يخاطب الأفراد ولا يخاطب الجماعات الإقليمية ، وإذن فماذا ترى السماء تعنى لفظة « القرية » فى آيات القرآن إذا لم تكن خطاباً للجماعة الإقليمية .

وإنى لفى شك مما يدعو إليه مريب فحاصل دعواه أن الدول الإسلامية تدرك أنه يستحيل عليها فى الوقت الحاضر أن تحيى النظرية التقليدية فى الشئون الخارجية حتى لا تضر بمصالحها بمقولة إن الأوضاع التى تسمح بربط الدين بالعلائق بين الأمم قد تغيرت تغيراً جذرياً . ويبنى مذهبه على أساس أن الاتجاه إلى إدخال عنصر دينى فى السياسات سواء على الصعيد المحلى أم على الصعيد الدولى اتجاه خطراً جداً « لأن الدين — وربما أى ايديولوجية من أى نوع كانت من شأنه أن يعوق عمل النظام القانونى الذى هو فى الأساس ثمرة العادة والتقاليد أكثر منه تجسيداً لمبادىء معنوية . ولئن كان قانون الدول الحديث قد اصبح عالمياً خلافا لقانون الدول المسيحى وقانون الدول الإسلامى فى العصور الوسطى فلأن الدول الأوروبية قد تخلت عن ربط الدين بالعلائق الخارجية منذ معاهدة وستفاليا وقبلت بتطور المراجع العلمانية وفقاً للحاجات المتزايدة لأسرة الدول » (مجيد خدورى — الحرب والسلام فى شرعة الإسلام ، بيروت سنة ١٩٧٣ ، ص ٣٨٥) وذلك فى عمقه قول هراء وزبد يذهب جفاء ، فقد كانت الحضارة المسيحية هى المسوح التى التف بها القانون الدولى المعاصر وقت مولده فمن اتشح بها شُرِّفَ بمخاطبة أحكامه ومن حرم منها أنكر عليه ذلك الشرف . إن القانون والدين يتكاملان فى العلاقات الدولية لأنهما

يستهدفان تحقيق تكامل البشرية فليس بمستغرب إذن أن يعالج العالم البلجيكى لوران فى سفره « تاريخ قانون الشعوب » شطراً ناوراً من تعاليم الأديان العالمية . ومع ذلك فقد ألتمس للكاتب بعض العذر لو أنه قصد إلى أن النظرية التقليدية حرية بالتنقيح كى تتناغم مع المجريات المعاصرة ولكنه انتحى مايتجاوز هذا . ويكأن الكاتب — فى تشيعه لنزعة استحوذت على العقلية الغربية — يحسب أن هذه الردة قمينة بالإسلام كما صدقت على المسيحية . فما أسماه بالقانون الدولى المسيحى ليس إلا غرسة استزرعها بشر كنسيون تغيوا أن تكون لهم فيما الوصاية دولية طاغية سلكت سبيلاً باغية وأركست أوروبا فى حرب ضارية دامت ثلاثين سنة عاتية . فلا غرو أن تكون معاهدات وستفاليا إمارة النهاية للحرب الضروس وإشارة البداية لخذلان هيمنة القليس وانحسار سيطرة القسيس . أما إسلام العصر الوسيط فكان شرعة دولة عرضها من الخليج إلى المحيط خرجت بعقيدتها من هجير الصحراء لتقتعد فى ظلمات العصر مقاعد الأمل والرجاء . ثم إن علماء المسلمين يفتون ولا يتحكمون ويقضون ولا يسيطرون وهم لربهم يرهبون وماينبغى لهم ومايستطيعون . فكيف بكاتب نحرير أن يقيم وجهه لرأى فطير وأن يسلك نفسه وراء منطق ضرير . ولى بعون الله مع هذه النزعة لقاء بل ولقاءات . وكل ماهو آت آت . « الله يستهزىء بهم ويمدهم فى طغيانهم يعمهون » (البقرة / ١٥) .

أعود فأقول إن دعاة المفاهيم البكماء الذين يدارءون وراء مدركات فقه تبلور اجتهاده زمن أن كانت القوة درء الدول والسيف منطقها فى محيط جهل الأمن الجماعى وافتقر لوسائط السلام ، دون اعتبار منهم لضرورات العصر ومتطلبات الحياة أو تفهم لما كانت ثم أصبحت عليه دولة الإسلام ويحسبون أنهم يحسنون صنعاً هم كباسط كفيه إلى الماء ليبلغ فاه وماهو ببالغه ، ستكتب شهادتهم ويسألون « وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً » (النمل / ١٤) .

ويروق لى هنا أن ارفع خطأً أخشى أن يتطرق إلى ذهن القارىء فيحسب أن

مناقشتي لآراء السلف الصالح أو مقارعة حججهم بالحجة بمعنى أنني أنال من قدرهم أو أقلل من جهدهم وماكان لمثلي أن يتطاول إلى مكانتهم العالية ومنزلتهم السامية ، وهم رواد الشوامخ العالية .

وثمة حقيقة يجب التأكيد عليها ، وهي أن هناك فرقا بين الخلاف والنزاع لأن النزاع منتهاه الفشل كما قال القرآن الكريم « ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم » (الانفال / ٤٦) . ولكن تعدد وجهات نظر العلماء مقصده دائماً الوصول إلى الحكم الشرعي الصائب بل هو من عوامل نماء التشريع الإسلامي وقوته وقدرته على العطاء في مواجهة أي من النظريات الزمنية أو القوانين الوضعية .

ويجب أن انبه إلى خطورة الفُرقة التي يحاول بعض خصوم الإسلام زرعها في جسد الأمة الإسلامية . فقد اشار القرآن في أكثر من موضع إلى خطورة هذه الفتن وعمل البعض على تأصيلها داخل الأمة ، « ود كثير من اهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفاراً حسداً من عند انفسهم من بعد ماتبين لهم الحق فاعفوا واصفحوا حتى يأتي الله بأمره » (البقرة / ١٠٩) . « ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتى تتبع ملتهم قل إن هدى الله هو الهدى ولئن اتبعت أهواءهم بعد الذي جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولا نصير » (البقرة / ١٢٠) « فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله . إن الله لا يهدي القوم الظالمين » (القصص / ٥٠) .

ويجب أن نعلم في الوقت ذاته أن البشرية لا غنى لها عن الإسلام ومن ثم فلا بد من [illegible] دعاة يحملون كلمة الإسلام إلى الناس ، غير شاكين عما يلقونه الآن من صعاب في طريق الدعوة ، فتلك سنة الله في خلقه .

وحاضر المسلمين يبشر بحمد الله بخير عميم ، ذلك أن غالبية الشعوب الإسلامية تعيش في صحوة إسلامية حقيقية تنبع من إدراك واع وتفهم كبير لأهمية

وضرورة العودة لأحكام الإسلام الحنيف . والصحوة الإسلامية ماضية فى توجهها القويم وسيرها المستقيم ، ولا شك فى أنها تحتاج إلى من يدعمها ويسدد خطواتها لتسلك الطريق السليم .

وبين هذا [illegible] المثال المملكة العربية السعودية تجعل من القرآن دستورها ونشيد بها – بلا دستور من صناعة البشر – ديمقراطية فتية تنافس ديمقراطيات العصر الحديث وتثبت مكانة دولية لذاتها تسمو بها لذاتها . وتلك موريتانيا تسمى جمهورية موريتانيا الإسلامية . ومصر وغيرها تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأول لقوانينها . وهنا أحيي ما صدر عن الباكستان مؤخراً (أكتوبر سنة ١٩٨٨) إذ جعلت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع [illegible] المحاكم حق إبطال أى قانون يعارض القرآن وأمرت بتعيين رجال [illegible] للمدعين العموميين إضافة إلى [illegible] رجال الدين كقضاة بالمحاكم . وتلك [illegible] العقلاء [illegible] جهاد الأذهان ولا زال بحمد الله يسير فى [illegible] الزمان .

والإسلام الذى ينشد المسلمون فى الحاضر العودة إليه إنما يحرر المسلم من [illegible] وضعى بال [illegible] عند الله تعالى [illegible] الإنسان فى [illegible] .

ويعجب المتأمل [illegible] يدعون فى هذا العصر بالدعوة إلى نبذ الإسلام إذ نراهم أصنافاً شتى ، بعضهم [illegible] للإسلام والبعض الآخر يدعى الانتماء إلى الإسلام ولكنه يقره كعقيدة ويرفضه شريعة ، زاعماً أن [illegible] لا يتقبل شريعة جرى الحكم بها فى الصحارى والقفار أيام كان الناس يركبون الجمل ويسكنون الخيام ويكفى بتلك العقيدة عندهم قانعة بشعائر العادات ولطائف المواعظ معزولة عن المجتمع ومايضطرب فيه من شئون .

ألم يقرأ هؤلاء الرافضون لشريعة الإسلام – لاسيما من كان منهم يدعى أنه

من مسلمى هذا العصر ـــ قول الحق سبحانه وتعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً » (النساء / ٦٥) فنفى عنهم صفة الإيمان ، الا إذا رضوا بحكم الرسول ﷺ وسلموا به تسليماً .

وليس المراد هنا أن يتحاكم هؤلاء إلى الرسول ﷺ بصفته البشرية ، ولا أن يرجعوا إلى أعراف الجاهلية ، بل المقصود أن يتحاكموا إلى شريعة الإسلام فيما يقع بينهم من منازعات وأحداث فإن الرسول ﷺ لا يقضى إلا بحكم الله فى كتابه المنزل بعيداً عما درج عليه أهل الجاهلية من مظالم ، كما قال رب العالمين ، « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » (النساء / ١٠٥) ، « أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » (المائدة / ٥٠) .

لكن الذين آمنوا بالعلمانية ، وكفروا بصلاحية الشريعة الإسلامية للحياة ، يزعمون أن بوسعهم أن يظلوا مسلمين مع اعتقادهم بأن الإسلام ماجاء ليحكم بين الناس فى شئون دنياهم ويجاهرون بانهم لايقبلون فكرة « أبدية القانون » ، ويجدون فى التشدق بهذه السفسطة مايضفى عليهم شيئاً من وجاهة المنطق.أولئك الذين يعيشون مع الغرب بقلوبهم وينتمون إلى الإسلام بقوالبهم بصرهم بالقرآن كليل وحديثهم عن الإسلام عليل . ومن المؤسف أن هناك من يطمئن له المسلمون ويطبلون له ويزمرون حاسبين أنه من أعلام الفكر وقادة الرأى وهم لا يعلمون . والأمثلة على ذلك كثيرة اختار منهم مثلاً ليس عنا ببعيد لرجل فرح كثير من المسلمين بإسلامه بعد طول ضياع ، ورجوا الخير للدعوة الإسلامية من فكره وقلمه ولكن! إنه المفكر الفرنسى جارودى الذى تسمى باسم « رجاء » ، وأخذ يشرح للناس فى محاضراته الخطوات التى قادته إلى الإيمان بهذا الدين الحنيف وهو الذى قضى حياته السالفة فى ضلال الشيوعية والإلحاد .

وأمام فضيلة شيخ الأزهر الدراسة الطويلة التى دبجها الأستاذ الدكتور سعد

ظلام عميد كلية اللغة العربية بالأزهر لمناقشة فكر رجاء الجارودى والبيان الذى قدمه إلى المؤتمر الأول للمسلمين والأوروبيين الذى انعقد فى اشبيليه فى الفترة من ١٩ — ٢١ يوليو سنة ١٩٨٦ .

يقول الدكتور سعد ظلام — بحق — إنه عندما يدخل المفكر إلى الإسلام بعد اقتناع ، فهذا يحسب له لكننا نقف عند منزلات قد تطلق على ديننا وهو أكبر منها . فلماذا يذكر جارودى عن الإسلام فى بيانه بانه « اسلام القرن العشرين » ؟ أو يكون هذا العنوان من أمشاج الديانة اليهودية التى تقسم اليهودية إلى عصرين باعتبارها المكسب والخسارة والتبديل والتغيير حسب المصلحة ؟ فهناك يهودية موسى وسليمان وداود وغيرهم ! فالديانة اليهودية لاتصلح لكل زمان ولهذا أعطوا الحاخام أو الكاهن الأكبر سلطة تغيير الدين ليتلاءم مع العصر . أما الإسلام فعكس ذلك تماماً فالإسلام هو الجوهر والدين الأزلى والخاتم للأديان .

ويضع الدكتور سعد ظلام ايضاً تحفظات على فكر جارودى ودعوته لإنشاء مركز اسلامى فى قرطبة يتشارك فيه عدد من الشخصيات المسيحية واليهودية من غير المتعصبين ، فمثل هذه الأمور يستغلها البعض لضرب الدين أكثر من تعاملهم مع رحابته . وربما كان جارودى معذورا لأنه حديث عهد بالإسلام ومعرفته بالأصول والفقه ضحلة . فهو فيلسوف معنى بحوار الحضارات إلى جانب مواقفه السياسية وانتماءاته التى أثرت كثيرا فى أسلوبه وتفكيره .

ولذا فإنى أكره أن يقف الاستاذ جارودى فى صف واحد مع هؤلاء العلمانيين المفتونين « أفى قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل اولئك هم الظالمون ، إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون » (النور / ٥٠ ، ٥١) .

لقد عرف الإسلام فى تاريخه الحديث هبّات تقصد — فى نظر اصحابها ، وبغض النظر عن حكم التاريخ عليها — إلى احياء الإسلام واضفاء ثوب قشيب

عليه لعل أهمها هي الحركة المهدية فى السودان والوهابية فى الجزيرة العربية والحركات الإسلامية المعاصرة ومعها الثورة الإيرانية الخومينية ، ودراسة تلك الحركات لها جانبها السياسى الذى يتجاوز حدود هذا البحث ولذا اكتفى بما قدمت فى ترسم علامات الفكر الإسلامى الذى استهديه فى بحثى هذا .

وقد هالنى أن الدراسات الإسلامية المعاصرة تعج بأبحاث مستفيضة عن قانون الحرب فى الشريعة الإسلامية ولكنها تكاد تخلو من معالجة جدية لأحكام قانون السلام . وأغلب الظن أن ذلك مرجعه إلى أن الكتّاب المحدثين يقتفون أثر الأوائل فى تبعية خرساء . فقد خلف لنا الفقه التقليدى الإسلامى ثروة ثرية فى قواعد الحرب لعل كنزها الثمين يتمثل فى « السير الكبير » للفقيه الحنفى العالم محمد بن الحسن الشادلى الشيبانى ، ولكنه صمت عن أحكام السلام .

وإذا كان الفقهاء القدامى قد اهتموا بقانون الحرب وأغفلوا قانون السلام فإن لهم عذرهم فى ذلك فقد تبلور الفقه التقليدى زمن الفتوحات الإسلامية فانشغل أصحابه بدراسة الظواهر التى تحيط بمجتمعهم ، وكانت ظاهرة الحرب هى التى تسيطر وتقتد على علاقة الدول الإسلامية ـــ الموحدة تحت خلافة واحدة ـــ بغيرها من الدول فكان بديهيا أن تنطبع افكار الفقهاء بطابع عصرهم وأن يسعوا إلى التنقيب عما يضبط سلوك الدولة الإسلامية فى قتالها مع الدول التى تقاسمهما الجماعة الدولية .

أما اليوم وقد انقلب ظهر المجن فلم تعد القوة العسكرية سمة الدولة أو الدول الإسلامية بل إن معظمها حديث عهد بالاستقلال بعد أن ررح قروناً تحت نير الاستعمار ، فإن الاهتمام بقانون الحرب يجب أن ينزوى إلى مرتبة ثانوية وأن ينصرف الدارسون إلى معميات النظرية الإسلامية فى قانون السلام . وعلى الرغم من تلك الحقيقة الدامغة فلا زالت الأقلام تتمرغ فيما قال به الأولون والأفكار تنحصر فيما خلفه التقليديون وإن ذلك التمحور حول القديم لايفسره ـــ فيما أرى ـــ إلا إحجام عن ولوج حلبة الاجتهاد وقصور أو تقصير فى البحث والإعداد وتقديس لعقلية الآباء والأجداد ، فأين الأمم المتحدة

من بيرنطة وبغداد . وأنى للعالم الإسلامى المعاصر من دولة الأمجاد وكيف بحق السماء يسرى ماقالوه فى القنوات والأنهار على مانواجهه اليوم من مشكلات للبحار . أنستفتى الأئمة الأربعة فيما ليس لهم فيه نظر أو لم يرد بشأنه حبر وتبعاً لابد أن يكون الصدى بلا وقع والآراء بغير نفع . أكان أحدهم على علم بالدلو ماسية المعاصرة أم عندهم مفاتيح الغيب فهم يستفتون ؟ كلا وايم الحق فإنهم وإن كانوا أئمة . أجلاء كرام إلا أن الرأى يتغير بتغير الزمان والمكان . وإذن فالخيار اليوم بين أمرين : إما أن نتقوقع على أنفسنا ونقول إنه لانظرية فى الإسلام لقانون السلام وإما أن ننفض العار عن أنفسنا ونغترف من نبع لايضل من استسقى منه أبداً ـ القرآن والسنة ـ بحثاً عن صحيح الأحكام . وإنى والله لسالك سبيل معاذ بن جبل ـ أجتهد رأيى بعد القرآن والحديث ساعياً إلى أجر المجتهد ولو أخطأ . « إن أجرى إلا على الذى فطرنى أفلا تعقلون » (هود / ٥١) .

أيها القارىء الكريم

لقد كان اختراج هذا السفر رؤى تداعب خيالى وريًا تظمأ إليه نفسى فسدد الله أزرى ويسر لى أمرى بتأويل رؤياى قد جعلها ربى حقاً وتجسيد أملى واقعاً يستوى على صراط الفقه سوقاً . فاللهم لك أسجد عبداً راضيًا وأسبح قيوما علياً وأشكر فقد كنت بى حفياً . ادخلتنى مدخل صدق وأخرجتنى مخرج صدق وجعلت لى من لدنك سلطاناً وليًا .

ولما كان لابد لمن يستشرف الجهد فى قانون السلام الإسلامى من أن يبدأ حيث لا بداية وأن يستسقى بلا سقاية ، ولا عدة له إلا اجتهاد يستعين به فى مناقشة الأفكار ومراجعة الأسفار . وتوكل يستقرىء به أحكام القرآن والحديث المختار . فقد سلكت طريقى فى الدراسة من منطلق الواقع فالدول الإسلامية بمفهوم العصر دول نامية تدور فى فلك نجومه دول مخالفة راية تؤمن فى علاقاتها الدولية بقانون هو من صناعتها وتسير على أحكام هى بضاعتها فكان لزاماً للدراسة كى تحقق جدواها وتنجز مبتغاها من أن تنهج منهج المقارنة بين

النظريتين ــ الإسلامية والغربية ــ سعياً وراء إيضاح الموافقات وبيان المفارقات . « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات » (المجادلة / ١١١) .

وجرياً على هذا الدرب فقد استملحت أن أرتب فهرست هذا الكتاب على نمط فهارس الكتب المعاصرة فى القانون الدولى . ولكنى تشبثت بمصطلحات الفقه الإسلامى فى كل مرة وجدت أن المصطلح مناسب وعربت من مصطلحات الغرب مالا قرين له فى المصطلحات الفقهية دون أن أتخلى ــ فى اللفظ المعرّب ــ عن الذوق العربى السليم . فقد عالجت مثلاً مدرك البحر الساحلى ولكنى اخترت له من مصطلحات الفقه مسمى « البحر الحريم » بعد أن حورت الفكرة وطورتها من منظورها الخاص إلى منظورها العام لتواكب علاقات دولة الإسلام . وانتقيت اصطلاح « الاستخلاف الدولى » على أنه اصطلاح معرب لمدرك غريب على الفقه التقليدى ، والتعريب هذا يتقبله اللسان المبين ، وهكذاً . وكثيراً ماكان الكتاب الذى لا تبلى جدته ولا تنقضى عجائبه ــ القرآن الكريم ــ هادياً لى فى انتقاء المصطلح السليم كاصطلاح « اليم » مثلاً . « اتبعوا من لايسألكم أجرا وهم مهتدون » (يس / ٢١) .

ولكن من الناس من يستهويهم تصيد الاخطاء وتسقط الزلل ، يحب الهجاء أكثر مما يحب الثناء ويسارع إلى خطأ ليفضحه أكثر مما يسارع إلى جميل ليمدحه حسداً من عند نفسهم وماأكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين . فإذا لا يؤتون الناس نقيراً ولا يتنادون إلا نكيراً ، غلبت عليهم شقوتهم فكانوا قوماً بورا .
ولا أحسبنى بناج من كيد هؤلاء ولا أخالى بمفارة من مكرهم . وأتمثل لهؤلاء ــ وحاشا لله أن أدعى مقام النبوة ــ أتمثل بقول نوح لقومه « ياقوم إن كان كبر عليكم مقامى وتذكيرى بآيات الله فعلى الله توكلت فاجمعوا أمركم وشركاءكم ثم لا يكن أمركم عليكم غمة » .

وما أشبهنى مع هؤلاء بكريستوفر كولمبس مع علماء عصره الذين أنكروا عليه كشفه فلما سمع بمكرهم دعاهم وأعد لكل منهم متكأ وأعطى كل واحد

معهم بيضة مسلوقة وطلب إليهم أن يوقفوها على طرفها المدبب فحاول جميع من كان من كولمبس الا أن أخذها وضغط على الطرف المدبب حتى تفرطح وانتصبت البيضة فقال الجميع : ولكنا كنا نستطيع أن نفعل ذلك . فكان جوابه الحكيم . وما الذى منعكم من ذلك ؟! .

انني لا أدعي لنفسي تفردا بين المجتهدين ولا أزعم تميزاً على غيرى من الدارسين فسبحان الذى تفرد بالكمال وحده . ولكن الله ينهى عن أن يبخس الناس أشياءهم ولا يحب أن يحسدوا على ما آتاهم من فضله . ويكفينى أن أحسب مؤلفي هذا لله فقد فتحت به مغاليق موصدة وسلكت وهاداً غير ممهدة وطرقت أفكاراً فجة ولمست آراء غضة فكان توفيق من الله هداية إلى الطريق الحكيم وإمارة على الدرب القويم لمن شاء من القوم أن يستقيم وما تشاءون إلا أن يشاء الله رب العالمين . فاللهم ــ وأنت اعلم بالجهر وما يخفى ــ أجزنى عنه جزاء الصادقين وأجرنى فيه أجر المجتهدين .

« ربنا إنا سمعنا منادياً ينادى للايمان أن آمنوا بربكم فآمنا ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار » .

صدق الله العظيم

الاسكندرية في ديسمبر سنة ١٩٨٨

الباب الأول
فـي
مدخل إلى الدراسة

الفصل الأول : في السلام والإسلام .

الفصل الثاني : في التنظيم الدولي الإسلامي الراهن .

الفصل الثالث : في التعريف بالقانون الدولي الإسلامي .

الفصل الرابع : في أصول قانون السلام الإسلامي (عدا المعاهدات) .

« سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق »

صدق الله العظيم

(فصلت / ٥٣)

الفصل الأول
في
السلام والإسلام

تقدمة :

لقد عرف الإسلام ـــ كما أسلفت ـــ فى تاريخه الحديث هبّات قصد أصحابها ـــ وبغض النظر عن حكم التاريخ عليها ـــ إلى احياء الإسلام وإضفاء ثوب تشيب عليه .

ولكنى أحسب أن ماقدمت لايكفى فى القول ببناء نظرية للإسلام فى قانون السلام بل لابد لى قبل أن أغادر مقامى هذا من أن أعرض لقضية كبرى من قضايا القانون الدولى الإسلامى . أهو حقاً قانون سلام أم أنه كما يرهص البعض قانون حرب وعدوان ؟ .

الجهاد نظرية الإسلام فى الحرب المقدسة :

يقدم المدرك التقليدى الإسلام من منظور لايتصور عالمية الإسلام إلا من خلال حرب لنشر كلمة الله يشنها ولى أمر المسلمين بلا هوادة ولا تراخ حتى تعم كلمة الله مختلف البقاع . ومن هنا أكد الفقه الكلاسى على أن الجهاد بديل تحقق به الدولة الإسلامية غاياتها إلى جانب طرائق السلام .

بيد أن دعاة الحرب لم يتموا دورتهم مع الشمس إذ توقفت فتوحاتهم عند حدود الهند شرقاً واستعصت عليهم قلاع القسطنطينية شمالاً (٧١٨/٧١٧ م) ومنوا بهزائم حاسمة فى تور غرباً (٧٣٢ م) وواجه الإسلام ـــ فيما احتضن من رقاع ـــ مشكلات رئيسة تمثلت أساساً فى تحديد مركز غير المسلمين داخل دار الإسلام وعلاقة دار الإسلام بما بقى من دار الشرك . فكانت الذمة والأمان ـــ على الصعيد الفردى ـــ محور العلاقة بين المسلمين وغير المسلمين ، وكان الجهاد ـــ على الصعيد الدولى ـــ قاعدة تنظيم العلاقة بين الدولة

الإسلامية والدولة غير الإسلامية . ولما كنت أنتوى مناقشة أحكام الذمة والأمان فى مبحث لاحق فإنى اجترىء هنا بكلمة عن الجهاد .

الجهاد لغة هو فى نحتنا هذا عديل القتال « جاهد العدو مجاهدة وجهاداً قاتله وجاهد فى سبيل الله وفى الحديث لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية الجهاد محاربة الأعداء وهو المبالغة واستفراغ ما فى الوسع والطاقة من قول أو فعل والمراد بالنية إخلاص العمل أى أنه لم يبق بعد فتح مكة هجرة لأنها صارت دار إسلام وإنما هو فى الإخلاص فى الجهاد وقتال الكفار » (راجع المجلد الأول من قاموس لسان العرب ص ٢٠١ ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، طبعة دار لسان العرب ـــ بيروت ، لبنان) .

وأغلب الظن أن المفهوم الفقهى للجهاد قد أخذ عن معناه اللغوى . وأيا كان الأمر فإن المعنيين ـــ اللغوى والفقهى ـــ لمصطلح الجهاد لايتناقضان ذلك أن الجهاد فى النظرية التقليدية هو واسطة لإرساء السيادة الإسلامية من حيث أن التمكين لدين الله يقتضى أن نوفر للدين علوية قانونية وهيمنة سياسية ثم إن السيادة سيادة الله . والحق أن الجهاد بالمعنى الذى درج فى كتابات الفقه الإسلامى الكلاسى لايختلف كثيراً عن الحرب بمدركها عند العرب فى الجاهلية حتى أن البعض رسم بأن الجهاد شرع يمتص الروح العسكرية الكامنة فى نفوس العرب . وتصور أصحاب هذا الرأى الخطير أن الجهاد فى التاريخ الإسلامى عامل توسع وارتقاء أكثر منه عامل بناء . ولا مرية عندى فى أن هذا الرأى إنما يصدر عن تأثر بمفهوم الجهاد الذى غلب على الفكر الإسلامى الكلاسى وهذا ماأنكره وأنكر معه أن الإسلام اتخذ من الجهاد وسيلة تبتغيا أساساً توسعة رقعة الدار والامتداد حول المدار ، ولكنى لا أنكر أن مدرك الجهاد فى النظرية الإسلامية يمكن أن يقابل مدرك الحرب فى النظرية الدولية المعاصرة مع خلاف فى المنهج والغاية . فالجهاد فى الإسلام نوعان :

(١) جهاد إبادة ضد المشركين والكفار فى دار الكفر ، والمرتدين عن الإسلام فى دار الردة .

(٢) جهاد توفيق ضد أهل الكتاب والبغاة فأهل الكتاب بالخيار بين قبول الإسلام أو دفع الجزية (دار العهد ودار الصلح) .

أما البغاة فهم مسلمون على أى حال « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله » (الحجرات / ٩٠) .

ذلك أن المستقرىء لآراء الفقه التقليدى يحس بأن الجهاد دائماً ينصب أساساً على الجهاد ضد المخالفين .

والجهاد فرض كفاية بمعنى أنه التزام على الأمة فى جمّاعها وليس التزام فرد على حدة . وقد يكون فرض عين فى حالتين : الرباط ، وذلك على المقيمين على حدود الدولة ، والاستنفار — إذا مادعى ولى الأمر إليه .

والطريف أن الخوارج يعتبرون أن الجهاد هو الركن السادس فى الإسلام ، أما الجهاد عند الشيعة فيظل فى سبات إلى أن يعود الإمام المختبىء . ويبدو — كما يستدل على ذلك من أنباء الحرب الإيرانية العراقية — أن آيات الله أصبحوا يمارسون حق التفسير الذى يتضمن تحديد حالات الاجتهاد .

والجهاد عند الفقهاء الأوائل واجب مستمر إلى أن تخبو الفتنة ويصبح الدين كله لله .

وإذا سلمنا بأن الجهاد هو التصور الإسلامى للحرب فإن السؤال الذى يفرض ذاته وتستهمه دراسة تتغيا معالجة قانون السلام هو تحديد طبيعة ذلك الجهاد أهو دفاعى أم هجومى ، ذلك أن الجهاد الدفاعى يمكن أن يدور فى حلقة السلام أما الجهاد الهجومى فينقض دعوى السلام من أساسها لأنه لا يتسق إلا مع العلاقات العدوانية . إن الجواب على هذا السؤال تختلف حوله الآراء وتتصارع الأفكار ولذا أتناوله فيما يلى باختصار .

إن فكرة مشروعية الحرب تتصل اتصالاً وثيقاً بفكرة تحريم الحرب فى بعض صورها . ويمكن أن أقرر — بصفة عامة — أن هناك مبدأ قديماً متفقاً عليه يمنع

الحرب إلا إذا بررها سبب خاص ولو أن هناك خلافاً حول تحديد ذلك السبب . فالرومانيون كانوا يتخذون من بعض الإجراءات الشكلية معياراً يفرق بين الحرب العادلة وغير العادلة ، وقد تبنى جروسيوس تلك التفرقة وراح يجتهد فى تعدد أنواع الحرب المشروعة وغير المشروعة . بيد أن هذه النظرة ضعفت فى القرن التاسع العشر بسبب ازدهار مذهب السيادة القومية وأصبح من حق الدولة أن تشن الحرب حسبما يحلو لها مادام أنها لم ترتبط بمعاهدة تحرم عليها ذلك . غير أن الحرب العالمية الأولى وماخلفته من هلاك ودمار اضطر الجماعة الدولية إلى إعادة النظر فى حق الدولة فى شن الحرب الأمر الذى دعى إلى إبرام عهد باريس سنة ١٩٢٨ ، وتنص مادته الأولى على شجب الحرب كوسيلة لحل الخلافات الدولية وتدمغها كأداة للسياسة الوطنية فى علاقة الدول بعضها بالبعض الآخر . وتعلن مادته الثانية اتفاق الدول المتعاهدة على تسوية كافة المنازعات ـــ أيا كانت طبيعتها أو كان مصدرها ـــ بالوسائل السلمية . وكان ذلك الميثاق هو ركيزة محكمة نورمبرج عندما قضت سنة ١٩٤٥ بأن الحرب العدوانية جريمة .

ثم جاء ميثاق الأمم المتحدة الذى حرم استخدام القوة والتهديد باستخدامها . ومن ثم فقد عدت الحرب ـــ من حيث المبدأ ـــ ممنوعة ويحرم الالتجاء إليها إلا دفعاً لعدوان دولى ، وهذا هو مايعرف اليوم بمبدأ الحرب العادلة .

لقد دعى الفهم الخاطىء نفـراً إلى القـول بأن لفظـة الجهـاد كما وردت فى آيات القرآن ـــ وكما فهمها المسيحيون والمسلمون معاً على أنها تعنى محاربة أهل الشرك ـــ لم تستخدم مطلقاً فى القرآن بهذا المعنى وأن اعطاء هذا المفهوم لها إنما جاء فى فترة متأخرة تالية لنزول القرآن (راجع Chiragh, Ali-A Critical Exposition of the Popular Jihad, 1885, pp. 163, 170).

وعندى أن هذه نظرة متعالية لأن اللفظة استخدمت أحيانا بمعناها اللغوى وأحيانا بمعناها الفنى ، والأمر متروك للمفسر لتحديد أى المعنيين هو

المقصود . وليس من جدل فى أن اللفظة كانت تعنى — فى الآيات المكية — معناها اللغوى ولكنها قد تشير إلى الحرب المقدسة فى بعض الآيات المدنية . وأيا كان المعنى الذى يأخذ به المفسر للكلمة فإننا لا نستطيع أن ننكر أن الالتجاء إلى الحرب المقدسة أمر قد تفرضه وتبرره بعض الظروف .

وقد وردت فى القرآن الكريم كذلك لفظة القتال ومشتقاتها . ومن ثم فإن صياغة فكرة شاملة عن مدرك الحرب فى النظرية الإسلامية لا يقتصر على تفهم الآيات التى تشير إلى الجهاد بل يتطلب كذلك استقصاء الآيات التى تكلمت عن القتال .

الحرب فى حق لديه شريعة: خيول لله مسرجة :

أما وقد فرغنا من المقدمات ، فلنلق نظرة عابرة على من يقرأ القرآن الكريم بروح سمحة منصفة ، إذ يلاحظ أن فقهاء المسلمين الذين نادوا بفكرة الجهاد العدوانى — ومن سار على دربهم من مستشرقين — إنما يستندون إلى آيات عزلت عن فحواها دون التفات إلى تكامل التركيب الذى يحتويها بل ودون اهتمام بأصول التفسير السليم التى تقضى بأن أول ما يجب على المفسر عند تعارض النصوص هو أن يعمل على التوفيق بينها فإن تعذر ذلك كان لكل نص قضيته التى يطبق فيها . كذلك تقضى أصول التفسير بأن الخاص يخصص العام لأنه أكثر تحديداً لإرادة الشارع — بيد أن الفقهاء المسلمين الذين أغفلوا تلك الأصول — انتهوا إلى تفسير غامض أو منتقد للنصوص القرآنية ، وذلك عيب يتضح بجلاء عندما نناقش ما ذهبوا إليه من آراء .

وأبدأ بصاحب الكفاية الذى يعزز رأيه بالآية الكريمة — « وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين لله » (البقرة / ١٩٣). لقد نزلت هذه الآية فى العام الثانى بعد إبرام عهد الحديبية وقت أن كان المسلمون يتجهزون للحج ولكنهم لم يكونوا على ثقة بنوايا أهل مكة وهل سيسمحون لهم بأداء شعائر الحج . ولم يكن المسلمون متحمسين لقتال أهل مكة إن هم منعوهم من البيت الحرام لأن

الوقت كان فى الأشهر الحرام . ولذا جاءهم الإذن الإلهى بالقتال الدفاعى فى حدود ماقررت الآية . وهكذا فإن أسباب النزول توضح أن الأمر بالقتال لم يستهدف القتال العدوانى بل الدفاعى لأن لفظة « الفتنة » التى وردت فى الآية الكريمة تعنى أن الكفار من أهل مكة كانوا لا يزالون مستمرين فى تعذيب المسلمين ، والقرآن يصف الفتنة بأنها أشد من القتل « والفتنة أشد من القتل » (البقرة / ١٩١) .

ويتأكد هذا الفهم إذا قرأنا باقى الآية (١٩٣) وماسبقها من آيات . إن عجز الآية (١٩٣) يقول « فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » . وهذا يبين أن الأمر بالقتال كان ضد الظالمين ، والقتال ضد الظالمين صورة من صور الدفاع عن الذات . وتوضح الآيات السابقة على هذه الآية أسباب النزول فتقول « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين واقتلوهم حيث ثقفتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ، فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » (البقرة / ١٩٠ ـــ ١٩٣)، وإذن فالآيات صريحة فى أن حق المسلمين فى مقاتلة المشركين إنما يمارس فقط ضد الذين يقاتلون المسلمين ، وقد ربطت الآية محل البحث (١٩٣) من الآيات السابقة بواو العطف لتحديد الغاية من القتال وهو سحق الفتنة ، ولا شأن لها ببدء القتال فذلك أمر حكمت فيه الآية (١٩٠) .

ويذهب البعض فى تفسير فقرة [illegible] « ويكون الدين لله » (البقرة / ١٩٣) إلى أن المقصود هو أن يصبح الإسلام دين الجماعة الدولية قاطبة . ولكن هذا التفسير يناقض باقى الآية حيث تقول « فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين » والانتهاء هنا هو الانتهاء من الفتنة لأن الدين مسألة بين المرء وربه

وليس لأحد أن يتدخل فى تلك العلاقة مابقيت خافية . وإذن فمعنى الآية هو أن يوقف القتال إذا ماتوقف المشركون عن فتنة المسلمين بالقوة .

ويضيف العينى إلى ذلك الآيات التالية :

١ ـــ « كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم » (البقرة / ٢١٦) .

٢ ـــ « فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد » (التوبة / ٥) .

٣ ـــ « فقاتلوا ائمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون » (التوبة / ١٢) .

٤ ـــ « فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله » (التوبة / ٢٩) .

٥ ـــ « انفروا خفافاً وثقالا وجاهدوا بأموالكم وانفسكم فى سبيل الله » (التوبة / ٤١) .

وأناقش ذلك فى إيجاز . فالآية الأولى التى أوردها العينى من سورة البقرة يصدق عليها ماأسلفت من بيان ، الأمر الذى يزكيه أن الآية التى تليها تقول « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عن دينكم إن استطاعوا » (البقرة / ٢١٧) ، فالآية تذكر بعدوان المشركين وإصرارهم على فتنة المسلمين عن دينهم . أما القول بأن القتال قد كتب على المسلمين فلا يفسر على أنه إجازة للقتال العدوانى لأن هذا وصف لم يرد فى الآية وهى لا تعني سوى تقرير حقيقة فى الحياة الدولية للجماعة الإسلامية تلك هى أن الحرب غدت جزءاً من النظام الدولى الإسلامى تماماً كما نقول اليوم إن قانون الحرب جزء من القانون الدولى العام دون أن يعنى هذا أن قانون الحرب يفرض الحرب أو أنه لا ينظم

إلا الحرب العدوانية فحسب . ولا ننسى أن الآية استخدمت هنا لفظة « القتال » ولم تستخدم لفظة « الجهاد » .

أما الآية الخامسة من سورة التوبة فيجب أن تقرأ مع الآيات ١ ـــ ١٣ من السورة ذاتها حتى نستطيع أن نتبين معناها الصحيح . ونص الآيات الكريمة كالتالى :

« براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر واعلموا أنكم غير معجزى الله وأن الله مخزى الكافرين ، وأذان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر أن الله برىء من المشركين ورسوله فإن تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فاعلموا أنكم غير معجزى الله وبشر الذين كفروا بعذاب أليم . إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم أحداً فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين . فإذا انسلخ الأشهر الحرام فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم . وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون . كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين . كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاًّ ولا ذمة يرضونكم بأفواههم وتأبى قلوبهم وأكثرهم فاسقون . اشتروا بآيات الله ثمنا قليلا فصدوا عن سبيله إنهم ساء ماكانوا يعملون . لا يرقبون فى مؤمن إلاًّ ولا ذمة وأولئك هم المعتدون . فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فإخوانكم فى الدين ونفصل الآيات لقوم يعلمون . وإن نكثوا إيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا فى دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون . ألا تقاتلون قوماً نكثوا أيمانهم وهموا بإخراج الرسول وهم بدأوكم أول مرة ؟ أتخشونهم فالله أحق أن تخشوه إن كنتم مؤمنين » .

وجلى أن الآية الأولى التى تحدد لمن وجهت الآيات إنما تتوجه إلى « المشركين » وأنها تخص من بين المشركين أولئك الذين لا عهد لهم والذين « إن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاً ولا ذمة » . والحق أن تلك الآيات نزلت فى المدينة وقت أن انتهكت قريش عهد الحديبية وهاجم حلفاؤها حلفاء المسلمين من بنى حزاعة . ولذا فإن الآيات أعطت قريشاً أربعة اشهر للتسليم وإلا هاجمهم المسلمون . والذى حدث أن مكة استسلمت ولذا فإن الآيات لم تطبق عملاً . ولذا استثنت الآيات صراحة الذين لم ينقضوا العهد ولم يظاهروا على المسلمين والذين عاهدوا واستقاموا على عهدهم . وبدهى أن هذا المنطق يسقط ضمناً احتجاج العينى بالآية الثانية العشرة من سورة التوبة والتى اجتزأ العينى منها مايؤيد دعواه ولو أنه ذكرها كاملة لانهار استشهاده لأن الآية تبدأ بقولها « وإن نكثوا إيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا فى دينكم » فكان ذلك الصدر هو حيثية الإذن بالقتال . وذلك أيضاً هو مافعله العينى فى الآية ٢٩ فالذى ذكره هو حزء من الآية وقد ذكره على نحو يعمّى معنى الآية لأن الآية كاملة تدل على أن الحكم يتعلق بفريق فحسب من أهل الكتاب حيث ورد فيها قوله تعالى « من الذين اوتوا الكتاب » . وتبعا فإن القتال إنما يوجه إلى أولئك من أهل الكتاب الذين ارتكبوا الفعال التى وصفت فى صدر الآية (أنظر عزت دروزة ــ الدستور القرآنى فى شئون الحياة ، القاهرة ، ص ٢٣٥) ويختلف الشراح حول هذه الآية فالبعض يقول إنها كانت مقدمة لحملة تبوك التى تجهز لها المسلمون ضد بيزنطة فى قيظ الصيف المميت ، والبعض يقول إنها تتعلق بحملة خيبر ، والأمر هنا سيان لأن الحملتين جهزتاً لاعتبارات دفاعية وليست عدوانية ، وإذن فالآية لا تأمر بقتال أهل الكتاب كافة وإنما تخص منهم فريقاً لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرم ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق . وذلك فهم يزكيه ماجاء فى الآيتين ٣٢ ، ٣٤ من السورة ذاتها . يقول عز من قائل « يريدون أن يطفئوا نور الله بأفواههم ويأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون » . « يأيها الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون

أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله » . وإذن فالأمر متصل بمحاولات يقوم بها فريق من أهل الكتاب لمحاربة دين الإسلام .

ويذهب العينى إلى أن الآية ٢٩ من سورة التوبة — مربوطة بالآية ١٩٣ من سورة البقرة — تنسخان الآية ١٩١ من سورة البقرة ، ولكن هذا الزعم لا يقوم على أساس ، ثم إن الآيتين اللذين ذكرهما (البقرة / ١٩٣ والتوبة / ٢٩) لا تحضان على حرب عدوانية ، كما أوضحت آنفا .

أما الآية ٤١ من سورة التوبة فتستحث المسلمين على محاربة بيزنطة . والتفسير أن الرسول انبىء بأن بيزنطة تعد العدة لغزو الجزيرة العربية واستئصال الإسلام فلم يكن أمامه من بد فى صيف سنة ٦٣٠ م ، وعلى الرغم من نكوص بعض أصحابه ، إلا أن يدعو إلى هجوم مضاد ، فلما وصل جيش المسلمين تبوك كانت قوات بيزنطة قد انسحبت . ولما كان القصد من الحملة دفاعياً فقد عاد الرسول بـرجاله دون قتال (أنظر محمد حسين هيكل — حياة محمد — القاهرة ١٩٣٥ ، ص ٤٢٥ — ٤٣٠) ونستطيع أن نؤيد هذا التفسير بما جاء فى الآيات ٣٨ — ٤١ من السورة ذاتها التى تقع هذه الآية بينها . وأورد فيما يلى نص الآيات الكريمة . « يأيها الذين آمنوا مالكم إذا قيل لكم انفروا فى سبيل الله اثاقلتم إلى الأرض أرضيتم بالحياه الدنيا من الآخرة فما متاع الحياة الدنيا فى الآخرة إلا قليل . إلا تنفروا يعذبكم عذاباً أليماً ويستبدل قوماً غيركم ولا تضروه شيئاً والله على كل شىء قدير . إلا تنصروه فقد نصره الله إذ أخرجه الذين كفروا ثانى اثنين إذ هما فى الغار إذ يقول لصاحبه لا تحزن إن الله معنا فأنزل الله سكينته عليه وأيده بجنود لم تروها وجعل كلمة الذين كفروا السفلى وكلمة الله هى العليا والله عزيز حكيم . انفروا خفافاً وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون . لو كان عرضاً قريباً وسفراً قاصداً لاتبعوك ولكن بعدت عليهم الشقة وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون أنفسهم والله يعلم إنهم لكاذبون » .

إن الآيات ـــ كما هو واضح من سياقها ـــ تعيب على المسلمين الذين تخلفوا عن القتال وتطالبهم بأن ينفروا خفافاً وثقالا وأن يجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله ولكنها لا تأمرهم بقتال عدوانى . إن كل ماتتغياه الآيات هو تحذير المسلمين من التخلف عن دعوة الإمام للجهاد .

ويعتمد ابن حجر والحلبى على الآية ٣٦ من سورة التوبة ـــ التى يسميها البعض بآية السيف ـــ وتقول الآية « وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين » . إن منطق الفقيهين فى الاستشهاد بهذه الآية يعتمد على أن لفظة « كافة » تعنى كل فرد دون استثناء وهذا ينتهى بنا إلى منطق متناقض لأن القول بأن الآية تعنى أن كل فرد مسلم ـــ بلا استثناء ـــ مأمور بأن يقاتل كل فرد مشرك ـــ بلا استثناء ـــ لايتفق مع المبدأ الذى اوردته الآية ١٢٢ من السورة ذاتها « وماكان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون » . ثم إن الآية تشير إلى أن المشركين يقاتلون المسلمين وتبعاً فإن قتال المشركين فى منطق الآية الكريمة هو قتال دفاعى لأن الآية استخدمت الفعل المضارع فى وصف قتال المشركين الأمر الذى يدل على أنه قتال ظل مستمراً إلى وقت نزول الآية بل لعله باق إلى الآن . والرأى الذى ارجحه هو أن لفظة « كافة » كانت تعنى الوحدة وليس الشمول العددى ؛ أى أن الأمر هو أن يحرص المسلمون على وحدتهم فيكونوا يداً واحدة فى قتال المشركين لأن ذلك هو مايفعله المشركون فى قتالهم . وفى قول آخر فإن الآية تحث المسلمين على طرح خلافاتهم وراء ظهورهم لدى قتالهم للمشركين .

ونجيل من المستشرق البريطانى توماس ارنولد أن يقول إن النظرة إلى الجهاد على أنه حرب عدوانية إنما تعود إلى بعض الفقهاء المسلمين وأن يعلق بأن تلك النظرة لا أساس لها من القرآن وإنما ترجع إلى اجتزاء بعض الآيات من مواقعها بعيداً عن كامل مضمونها (انظر Arnold, Sir Thomas- The Preaching of Islam, 3 ed., London 1935, p. 352.)

بقيت آيات ثلاث فى القرآن يمكن أن تكون ذريعة لمن يدعى أن النظرية الإسلامية تقوم على الحرب العدوانية . وأول هذه الآيات هى قوله تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله واعلموا أن الله سميع عليم » (البقرة / ٢٤٤) .

وقد ربط المراغى فى تفسيره لتلك الآية بينها وبين الآية السابقة عليها (البقرة / ٢٤٣) ونصها « ألم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت فقال لهم الله موتوا ثم أحياهم إن الله لذو فضل على الناس ولكن أكثر الناس لا يشكرون » . ويقول إن هذه الآية سيقت لإقناع المسلمين بالدفاع عن استقلال دولتهم وحقها فى البقاء وهو موضوع الآية ٢٤٤ ، وذلك بالربط بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وإبراز مدى تشابك المصلحتين . ويؤكد المراغى أن هذه الآية لا شأن لها بالحرب العدوانية . وأغلب الظن أن هذه الآية نزلت فى أول عهد المسلمين بالمدينة وقبل معركة بدر وقت أن كان المسلمون لا يزالون متأثرين بسلوكهم فى مكة ألا وهو عدم الالتجاء إلى العنف (راجع أحمد مصطفى المراغى — تفسير المراغى — القاهرة ١٩٦٣ ، ص ٢٠٦ — ٢١٠) . ثم إن لفظة « قاتلوا » لا تعنى حتماً ولزاماً أن يكون القتال عدوانيا لا سيما وقد قيدت الآية القتال بأن يكون فى سبيل الله ، والله لا يحب المعتدين .

والآية الثانية هى الآية ٧٣ من سورة التوبة وتقول « يأيها النبىّ جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم ومأواهم جهنم وبئس المصير » . والحق إننا لا يمكن أن نفهم الجهاد فى هذه الآية على أنه الجهاد العسكرى ذلك أن الآية تتعلق بالكفار والمنافقين معاً . ومن أحكام النظرية الإسلامية أن المنافقين مسلمون وتبعاً فلا يمكن قتالهم أو رفع السيف فى وجههم . ولو أن الجهاد فى هذه الآية يعنى القتال لما تقاعس الرسول ﷺ عن تنفيذه ضد المنافقين . إن موقف الرسول من المنافقين تصفه الآية ٤٨ من سورة الأحزاب وتقول « ولا تطع الكافرين والمنافقين ودع أذاهم وتوكل على الله وكفى بالله وكيلاً » . والآية صريحة فى استبعاد الجهاد العسكرى فى علاقة الرسول ﷺ

بالمنافقين . وتؤكد هذه النظرة الآية ٧٤ التي تلي الآية محل المناقشة مباشرة ونصها « يحلفون بالله ماقالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم وهموا بما لم ينالوا ومانقموا إلا أن اغناهم الله ورسوله من فضله فإن يتوبوا يك حيراً لهم وإن يتولوا يعذبهم الله عذاباً اليماً فى الدنيا والآحرة ومالهم فى الأرض من ولى ولا نصير » . إن هذه الآية توضح السبب الذى من أجله طلب إلى المسلمين مجاهدة المشركين والمنافقين فهى تتهم المشركين والمنافقين بارتكاب ذنوب وتطلب أن يكون الجهاد هو القصاص لذلك . ولذا فإننا حتى لو فهمنا الجهاد بأنه جهاد عسكرى فنحن لازلنا أمام صورة من صور الدفاع وليس العدوان . إن الجهاد هنا ردع يدفع عن الذات أو مساعدة للذات .

أما الثالثة فهى الآية ١٢٣ من سورة التوبة « يأيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة واعلموا أن الله مع المتقين » . والحق أن هذه الآية تناقش مسألة اجرائية وليست موضوعية . فهى تعالج التكتيك الإسلامى وتوضح بأن أسلم طريقة لهزيمة العدو هو البدء بمن هو أقرب من الأعداء لأنه هو العدو الأكثر تهديداً . ومن ثم فإننا يجب ألا نتوسع دون مبرر فى تفسير الآية فنزعم بأنها تفرض حكماً موضوعياً عاما ينطبق على الكفار جميعاً .

ويزيد مشكلة فهم أحكام الآيات القرآنية بالنسبة للجهاد مايقول به نفر من المستشرقين الذين قد يكون لهم بعض العذر لأن الكثير من ترجمات معانى القرآن الكريم ليس دقيقاً .

ويحلو لى هنا ان اذكر بأن من بين الوسائل التى يسلكها القرآن الكريم فى تعليم الناس اعطاء الأمثلة العملية والتعليق عليها هداية للبشرية — ومن ثم فإذا أورد القرآن نموذجاً على أنه حسن فلا بد أن يكون هذا من بين النماذج التى يستهد بها المسلمون والعكس صحيح . وجدير بالذكر أن كثيراً من الأمثلة التى ضربها الله للناس فى شأن العلاقات الدولية إنما تتعلق بالدبلوماسية اليهودية . ومن أمثلة القصص القرآنى ذى المغزى الدولى قصة فرعون « إن

فرعون علا فى الأرض وجعل أهلها شيعاً يستضعف طائفة منهم يذبح ابناءهم ويستحى نساءهم إنه كان من المفسدين . ونريد أن نمن على الذين استضعفوا فى الأرض ونجعلهم ائمة ونجعلهم الوارثين ، ونمكن لهم فى الأرض ونرى فرعون وهامان وجنودهما منهم ماكانوا يحذرون » (القصص / ٤ ـــ ٦) إن الآثار [illegible] الأحجار [illegible]
[illegible]
[illegible] دولة الأنباط [illegible] عبادة الله « لقد كان فى [illegible] عبرة لأولى الألباب » . (يوسف / ١١١) . والموضوع على [illegible] بعيد عن لب هذه الدراسة [illegible] بهذه العجالة .

[illegible] بالذكر أن الله قد أوضح الحكمة الكبرى فى قسمة الناس إلى [illegible] وتماثل فى قوله [illegible] « يا أيها الناس إنا [illegible] من ذكر وأنثى [illegible] وقبائل لتعارفوا » [illegible] ـــ أو مايفيد المساواة والعدل ـــ [illegible] فى تشكيل الجماعة الدولية فى وحدات سياسية منفصلة وليست الحرب [illegible] مما يدخل فى ذلك الغرض .

[illegible] أحاطت بالإسلام فى أول عهده ثلاث دول هى بيزنطة وفارس والحبشة ، وقد حاربت الاسلام اثنتين منها وسالمت الثالثة . حاربت بيزنطة وفارس لأنهما بدأتاه بالعدوان وأصرتا على العداوة والخصام ، أما الحبشة فقد سار معها على وفاق إذ حذر الرسول ﷺ من معاداتها ، لم تبدأ هى المسلمين بالعدوان لأنها سبق أن آوت المهاجرين ، وأبت أن تسلمهم للمشركين وتابعت بعد ذلك سياسة الود والصداقة ، فكانت علاقة المسلمين بها من بين الأدلة التى لا يرق إليها الشك على أن حرب الإسلام لم تكن عدوانية وإنما كانت دفاعاً وأمانا . ومن السموم الناقعات دواء .

ولم يكن الفقه التقليدى بأكثر توفيقاً فى تفهم الحديث الشريف المتعلق بالجهاد ـــ وأود بادىء ذى بدىء أن أذكر بحديث الرسول ﷺ الذى وصف

فيه المسلم بأنه « من سلم الناس من يده ولسانه » ويذهب البعض إلى أنه « من سلم المسلمون من يده ولسانه » . إن هذا الوصف هو الخلفية التى يجب أن تفسر أحاديث الجهاد فى اطارها .

يورد العينى فى « البناية » قول الرسول « إن الجهاد باق إلى يوم القيامة » . ويشرح [illegible] هذا الحديث [illegible] من أبى داود ، ولكن هذا الحديث [illegible] [illegible] على [illegible] هو يزيد بن أبى نشبة [illegible] وفى ذلك [illegible] بقاء الجهاد إلى يوم القيامة » لا يعنى سوى أن المسلمين [illegible] ملزمين بالدفاع عن دينهم إلى يوم القيامة .

والحديث الثانى يقول « أمرت بأن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله » . وطبيعى أن الحديث لايمكن أن يناقض القرآن ولذا فإننا لانستطيع أن نفهم هذا الحديث على أنه أمر بجهاد عدوانى حيث إن القرآن [illegible] فيه أمر بجهاد [illegible] . إن الأمر الذى يشير إليه الحديث [illegible] ولا يعنى أن الله قد أمر رسوله بشن حرب ضد الناس إلى أن [illegible] الإسلام بينما يقول تعالى فى محكم كتابه « أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة » وإذن فالمفهوم المنطقى للحديث هو أنه لا يتعلق ببدء الحرب وإنما يتعلق بإنهاء الحرب ، وفى قول آخر فإن الحديث يعنى أن الرسول ﷺ قد أمر بإنهاء القتال إذا ماشهد الناس الذين يقاتلهم بوحدانية الله . ولا ننسى أن الرسول قد أمر [illegible] القتال [illegible] بإجارة المشرك الذى يستجيره « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون » (التوبة / ٦) .

ويصعب على العقل أن يتقبل فكرة أن الرسول كان يبشر بحرب عدوانية فى ظروف كتلك التى عاش فيها وقد بدأت باعتداء قريش عليه فى مكة ثم ظلت قريش تلاحقه حتى بعد هجرته إلى المدينة . وقد جعلت منه قريش خارجا على قانونها بل إنه فى داخل المدينة كان يواجه المنافقين واليهود . فكيف يتسنى

للرسول ﷺ وقد خبر تلك الحياة القلقة أن يكون معتدياً. وهل يمكن أن نجد تفسيراً لالتجائه إلى القوة فى غير مدرك الدفاع الشرعى .

يدعى البعض أن الروح العدوانية تبدت فى الرسائل التى بعث بها الرسول إلى ملوك وحكام الدول المجاورة ، وتلك دعوى لعمر الحق باطلة فالرسول ﷺ كان يدعوهم بدعوة الإسلام وينصحهم بأن اسلامهم يوفر لهم السلام .

وهكذا أقول فى صدق وإيمان إن الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة لاتنهض دليلاً على أن الجهاد فى النظرية الإسلامية جهاد عدوانى . ولقد ذهب فقهاء الحقبة الأولى ــ مثل ابن عمر وابن شيبة وعطاء وسفيان النووى ــ إلى أن الحرب ليست واجباً دينيا وأنه لا إلزام فيها إلا ضد من يعتدون على المسلمين .

وحرى بالذكر أيضا أن أورد هنا كلمة عن السنة الشريفة التى تستفاد من ممارسات الرسول ﷺ لنرى إلى أى مدى تتواءم أو تتعارض مع مدرك الجهاد العدوانى .

لقد كان العمود الفقرى للسياسة الخارجية لدولة المدينة فى عهد الرسول هو العمل على توحيد العرب وهو قريب مما نطلق عليه اليوم مصطلح « القومية العربية » , ولم تكن هذه السياسة لتتقيد بمبادىء القانون الدولى فى مفهومها الدقيق لأن القانون الدولى لايهتم كثيراً بنظريات القوميات ولا بالخطوات القومية التى تؤدى إلى تحول الأمة إلى دولة . ولذا فإننا لانستطيع أن نقيس العلاقات الدولية الخارجية للدولة الإسلامية الناشئة حيال الدول غير الإسلامية على نمط السياسة الخارجية للدول المعاصرة لأن الكثير من مفاهيم تلك السياسة كان موجهاً إلى العرب . ذلك أن النظرية الإسلامية تعتبر أن الوحدة العربية هى حجر الزاوية فى تدعيم أركان دار الإسلام ونقطة البداية فى دعم الإعلام الإسلامى . ومن ثم فإن بعض التصرفات التى وجهت للمشركين العرب والتى قد يرى فيها بعض الفقهاء مثلاً للجهاد العدوانى لا تمثل نموذجاً للسياسة العامة

للدولة الإسلامية . ومع ذلك فإن الدولة الإسلامية تتخذ موقفاً عدوانيا من مشركي العرب على الرغم مما عاناه النبي من عدوانهم ومالقيه من عنتهم لقد رصد مشركو مكة جائزة سخية لمن يأتي بمحمد حياً أو ميتاً واتصلوا بعبد الله بن أبي رأس النفاق في المدينة للنيل من محمد . واستخدموا قوافلهم في الشتاء والصيف لاستعداء القبائل عليه ، وشجعهم اليهود في مسعاهم . ولم يكن عجباً أن يعلنها أبو جهل عالية مدوية في الحرم أمام سعد بن معاذ إن عداوة مكة للمدينة لن تهدأ مابقي محمد بين ظهراني أهل المدينة . وهكذا كانت حياة الرسول في خطر والمدينة تتوقع حركات عدوانية من مكة بين حنطة وأخرى بل وتهددها حرب اهلية في داخلها — وبعاً فإن رجلاً يعيش في مثل هذه الظروف لايمكن أن يقال عنه إنه معتد إن هو لجأ إلى القوة صد قرديش للذود عن دينه وداره .

أما علاقة الرسول ببيزنطة فيجب ألا يغيب عن بالنا ونحن نقومها أن سوريا — وهي الحاجز بين الجزيره وبيزنطة — أرض عربية ، والمطامع إذاً تدخل في حوزة القومية العربية . ومع ذلك فإن أول حملة وجهها الرسول إلى سوريا كانت لأغراض دفاعية . ويعترض البعض بزعم أن هذه الحملة كانت انتقاماً لمقتل الخمسة العشر مسلماً الذين وجههم الرسول ﷺ إلى ذات الطلع للتبشير بالإسلام . ويزعم آخرون أن ذلك كان اقتصاصاً لمقتل مبعوثه إلى حاكم بصره . والحق إننا حتى لو سلمنا بصحة هذا الاعتراض فإنه يزكي أن الحملة كانت رداً على تصرف عدواني ضد المسلمين . كذلك كانت حملته إلى تبوك حملة دفاعية كما أسلفت .

وهكذا فإن الرسول لم يشن في حياته حرباً هجومية وإنما كانت حروبه كلها دفاعية ، الأمر الذي يؤكد أن الجهاد دفاعي .

يتضح مما سلف أن فكرة الجهاد العدواني هي من خلق فقه زاغ بصره في القرآن وضلت نظرته في الحديث وأن المذهب التقليدي إنما يعكس تأثره بالظروف التي عايشها في العصرين الأموي والعباسي فلا غرو أن يقيم البعض

مقارنة بينه وبين التصور الإغريقى الرومانى للقانون الدولى من حيث الطبيعة الدينية للحرب وتقسيم العالم إلى قسمين : عالم الرومان وعالم البرابرة .

إن القاعدة الذهبية التى تحكم نظرية الحرب فى الإسلام هى فيما اعتقد قوله تعالى « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا » (البقرة / ١٩) .

إننا نعيش اليوم فى عالم يحرم — ولو نظريا — استخدام القوة أو التهديد باستخدامها وبضيق من حدود الدفاع الشرعى ومن ثم فإن التمسك بالمفهوم التقليدى للجهاد على أنه قتال فحسب قد يضيف ذريعة يحتج بها الطاعنون على فكرة السلام فى الإسلام . ولا إخالنى إزاء هذا إلا مؤيداً للرأى بأن الجهاد يمكن أن يعنى اليوم مفهوماً أوسع يشمل — إلى جانب القتال — وسائل أخرى من الإكراه غير العسكرى ولعل الإكراه غير العسكرى النموذجى هو الإكراه الاقتصادى ذلك أن الاقتصاد عدا فى العلاقات الدولية المعاصرة بمثابة عمودها الفقرى ، ومن هنا فإن الجزاءات الاقتصادية قد تكون أشد وأنكى فلا عرو أن اصنف المقاطعة البترولية فى أوائل السبعينيات على أنها صورة من الصور الحديثة للجهاد . وأجد لقولى هذا دعامة فى الآية الكريمة . « وأعدوا لهم مااستطعتم من قوة ومن رباط الخيل » (الانفال / ٦٠) ذلك أن رباط الخيل قد يكون إشارة إلى القوة المسلحة ، أما لفظة « القوة » التى اطلقت دون قيد فتنصرف إلى كافة أنواع القوة ، وفى قول آخر فإن القوة — وقد وردت دون أوصاف — يجوز أن تكون قوة اقتصادية . وأرانى غير مجانف للحق ولا للمعرفة العلمية إذا قلت إن المبدأ العام فى السلام هو « فما إستقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين » (التوبة / ٧) .

يهدون بالحق وبه يعدلون :

بيد أن الذى احب أن أسجله هنا هو أن الحضارة الإسلامية تحملت أمانة التقدم الإنسانى فى الشرق ومناطق من الغرب خلال العصر الوسيط ، وأن الفكر الإسلامى كان المعبر الذى عبرت عليه أفكار ثقافة اليونان والرومان إلى الغرب سواء أكان ذلك عن طريق إيطاليا واسبانيا أم إبان الحروب الصليبية .

ولا ننسى — ونحن فى مجال التحدث عن الخلفية التاريخية للقانون الدولى — أن الفقه الإسلامى كان أول فقه يميز فى الدراسة بين القانون والسياسة . وأن دراسة القانون الدولى — كفرع من الدراسة القانونية الخالصة — قد تحققت على يد المجتهدين المسلمين قبل نيف وثمانية قرون من ظهور جروسيوس وأسلافه من الفقهاء اللاهوتيين العربيين . وتفخر الآثار الإسلامية بكتاب « السير الكبير » لمحمد بن الحسن الشيبانى الذى يوضح أحكام سلوك الدولة الإسلامية حيال المشركين والكفار . بل وقد سبق هذا الكتاب فى تاريخه مراسيم جراسيان Gratien بثلاثة قرون إن صح أن نعتبر هذه المراسيم بمثابة تقنين مبكر لقانون الحرب الغربى .

يقول نيس إن المسلمين قد وضعوا قواعد إنسانية للحرب منذ عهد مبكر وهى التى أخذ منها الإسبان أفكارهم الأولى فى أحكام الحرب (Nys, Ernest- Les Origines du Droit Internatoinal, Bruxelles, 1894, pp. 201-210) . ولعل فى هذا حق لأننا نشهد مدى تأثر الفكر الإسبانى بالمفاهيم الإسلامية إذا رجعنا إلى القواعد التى ضمنها الأجزاء السبعة Siete Partidas الإسبانية .

لقد كانت دمشق وبغداد وقرطبة والقاهرة مهابط الثراء ومراكز الثقافة وفيما بينها تقع أوروبا غارقة فى ظلام العصر الوسيط حيث مارس العرب نشاطاً تجارياً ملحوظا وصل بهم إلى أقصى الشمال دليله العملات العربية الكثيرة التى عثر عليها فى السويد . وعن هذا الطريق — أى طريق التجارة — كان للعرب تأثيرهم على المبادىء القانونية عموما ، فلا غرو أن يشيد بعض المستشرقين بالمستوى الرفيع للفكر القانونى الإسلامى وخاصيته المتجددة التى أهلته لأن يبقى بمؤثراته مع مسيرة الزمان .

إننى لا أدعى أن الإسلام جاء خلاقاً فى كافة مناحى الدراسة القانونية ولكنه كان — على الأقل — يمثل وثبة عريضة بالنسبة لما سبقه من نظم إغريقية ورومانية فهو أول من رتب أحكاماً تقر للعدو بحقوق واضحة سواء أكان ذلك فى الحرب أم فى السلم .

وإذا كانت بعض المؤلفات قد ذكرت طرفاً عن المعاهدات التى أبرمها إمبراطور بيزنطة — ثم من بعده المدن الإيطالية — مع حكام المسلمين على أنها من عوامل التأثير فى تطور القانون الدولى ناسبة ذلك الجهد إلى بيزنطة أحياناً وإلى المدن الإيطالية أحياناً فإنه يمكن أن ينسب أيضاً — وعلى المستوى ذاته — للدولة الإسلامية .

قلت فى خطبة الكتاب إن بعض مؤرخى القانون الدولى الغربيين يتهمون القانون الدولى الإسلامى بأنه غامض وشحيح القواعد وأن أهم موضوعاته هى الحرب (Nussbaum, op. cit., p. 51) . وهذا القول فيه افتئات وقصور . أما أن احكام القانون الدولى الإسلامى غامضة وشحيحة فهذا ماأتولى الرد عليه على مدى الدراسة التى يشملها هذا الكتاب . وأما أن القواعد التى اهتم بها الفقهاءالمسلمون التقليديون كانت تنصب اساساً على الحرب فهذا أمر مرجعه ظروف الدولة الإسلامية التى عاشت فى حروب شبه مستمرة . وسبق أن قلت إن جروسيوس سلك المسلك ذاته فى كتابه عن الحرب والسلام ولم يكن هذا مأخذاً يؤخذ عليه لأنه إنما كان يستجيب إلى حاجات عصره .

ليس من جدل أن الدولة الإسلامية — التى قامت منذ منتصف القرن السابع الميلادى — جاورت بتخومها فى العصور المختلفة جماعات غير إسلامية ، وأن الدولة الإسلامية قامت بينها وبين تلك الجماعات علاقات تطلبت وضع قواعد لتنظيمها ، ولذلك أورثتنا الدولة الإسلامية نظاماً من القانون الدولى هو مانعبر عنه بالفقه الدولى الإسلامى . وقد جرت عادة الفقهاء المسلمين الأوائل على معالجة ذلك الشطر من الفقه تحت عنوان « السير والمغازى » لأنها كانت فى غالبها سيرا فى المغازى .

والحق أن تلك المجموعة من الفقه الإسلامى لم تلق ماهى جديرة به من عناية الباحثين المحدثين فى تاريخ القانون الدولى العام وأحكامه إذ تزعم جمهرة من الكتاب الغربيين أن القانون الدولى المعاصر هو ثمرة من ثمار الحضارة المسيحية

أن جذوره الأولى تعود إلى عصرى الإغريق والرومان مسقطين من حسابهم حقبة العصر الوسيط حيث ازدهرت المبادىء الدولية الإسلامية .

إن تبين الحقيقة فى هذا الخصوص يقتضى أن نقارن ماخلفه لنا الإغريق والرومان من مبادىء دولية بما هو قائم الآن لنرى ماإذا كانت الأفكار الإغريقية والرومانية هى حقاً الأصل التاريخى للقواعد المعمول بها الآن أم أننا يجب أن نبحث عن أصل تاريخى آخر لهذه القواعد .

عرفنا مما سبق أن القواعد التى وضعت لتنظيم العلاقات الدولية فى عهد الإغريق كانت قاصرة على علاقة المدن الإغريقية بعضها بالبعض الآخر ، فهى إذا كانت نظاماً خاصاً بشعب من جنس واحد يتكلم اللغة ذاتها ويدين بالعقيدة عينها ويرعى عرفاً مشتركا ، وإن كان قد انقسم إلى وحدات سياسية متميزة . أما الشعوب الأخرى فكانت شعوباً بربرية ، وكان هم المدن الإغريقية هو أن تفرض سيادتها عليها وتمتد نفوذها إليها . ولعل خير مايزكى نظرتنا فى هذا المضمار هى سياسة الإسكندر المقدونى الذى سعى إلى السيطرة على العالم أجمع ليجعل منه مملكة واحدة تدين للإغريق بالولاء والطاعة . فلما انهارت الدولة الإغريقية وآلت الامور إلى روما آلت معها كذلك فكرة السيطرة العالمية ، وفعلاً تمكنت روما من جعل البحر المتوسط بحيرة رومانية . وبفضل هذه العسكرية الرومانية عاش العالم فترة ما فى سلام يسميه المؤرخون بالسلم الرومانى Pax Romana . ولم يكن هذا السلم قائماً على تعادل القوى بين دول متساوية بل كان نتيجة روح مسيطرة تسعى لقيام دولة عالمية . وهكذا نجد أن علاقة كل من الإغريق والرومان بغيرهم قامت على نزعة الغلبة والاستعلاء ولذا فإن قانونهم الدولى — إن صحت التسمية — كان يهدر كل حق للمحارب ولا يجعل للعدو الأجنبى حقاً سواء فى السلم أم الحرب . فهل يمكن أن نقول إن هذا التراث الإغريقى الرومانى هو الأصل التاريخى للقانون الدولى المعاصر لا سيما فى نطاق الحرب حيث نقر اليوم للمحارب بحقوق تظل ملزمة لخصمه على الرغم من قيام الحرب !؟ .

لا أظن أننا فى حاجة إلى إعمال الفكر لنفى الصلة التاريخية بين الفكرتين : الإغريقية الرومانية والحديثة . وإذن فأين نتحسس ذلك المصدر التاريخى ؟ .

قد يقول قائل إن المبادى المسيحية هى المصدر التاريخى هنا ، ولكن هذا القول يتجاهل فلسفة المسيحية التى تنادى بأن تدير خدك الأيسر لمن يضربك على خدك الأيمن وأن تضع سيفك فى مكانه لأن كل ماأخذ بالسيف يحطمه السيف ، وتمنع على المسيحى أن يطلب إلى الدولة حمايته باستعمال القوة ، كما تتجافى قول السيد المسيح بأن مملكته ليست فى هذا العالم . ليس منطقياً أن تنكر المسيحية استعمال القوة وتمج الحرب ثم نقول بعد ذلك إن مبادئها هى المصدر التاريخى للقواعد التى تنظم الحرب الحديثة . ويزداد الأمر وضوحاً إذا علمنا أن المبادىء الحديثة للقانون الدولى وضعت فى وقت كانت أوروبا أحوج ماتكون عن اى عصر مضى إلى قوة أخلاقية بعد أن علا الصدأ البابوية وران الدرن على الكنيسة إلى حد دعى جروسيوس إلى ان يعترف فى مقدمة كتابه « قانون الحرب والسلام » بأن الدول الأوروبية تسلك فى حروبها طرقاً يندى لها جبين البربرية .

لقد كان خوف أوروبا من قوة الإسلام الفتية التى تحاصرها من الشرق والغرب هو الذى وحدها لأول مرة — منذ أن اعتنقت المسيحية — تحت راية واحدة لمحاربة الإسلام . وكان اصطدام المسيحية بالإسلام مؤذناً بعصر النهضة فى أوروبا تلك النهضة التى قامت على جهود العرب وعلومهم وأفكارهم . ثم إن كثيراً من الكتاب الأوروبيين الأوائل فى القانون الدولى — أمثال فيتوريا Vittoria واياليا Ayala وجنتليس Gentiles ،وهؤلاء الباحثون الذين ليس لاعمالهم نظير فى الآداب اليونانية والرومانية — كانوا من إسبانيا وروما — تأثروا بالكتاب الإسلاميين حيث سبق الإسلام إلى منابر العلم والمعرفة فى كل من إسبانيا وايطاليا على يد الفاتحين ، هذا ولا يجب أن يغيب عن ذهننا أن النشأة الأولى لعلم القانون الدولى — متميزاً من القانون العام وعلم السياسة — إنما جاءت على يد فقهاء المسلمين . ومن هنا يجب على كل منصف أن يقر بأن

الفقه الدولى الإسلامى هو أحد المصادر التاريخية للقانون الدولى المعاصر . ويشاطرنى فى الإقرار بمكانة الفقه الدولى الإسلامى من تاريخ القانون الدولى العام بعض فقهاء الغرب أمثال نيس (Nys, op. cit., pp. 44) وولزى (Woolseys, Th. D.—International law, New York 1889.) والبارون دى تاوب De Taube (فى مقال له بمجلة أكاديمية لاهاى) .

ومن هذا العرض الوجيز يتضح مدى تجنى من ينكر الدور الذى قام به الفقه الدولى الإسلامى خلال العصر الوسيط وأثره على القانون الدولى المعاصر فى مرحلته التكوينية على الأقل ، الأمر الذى يزداد وضوحاً بما أضمنه هذا الكتاب من شرح لتعاليم الإسلام ومقارنة لمفاهيمه فى مجال القانون الدولى . ويكفى أن اشير هنا إلى أحد آباء الفقه الدولى الإسلامى — وهو الشيبانى — يقف من الفقه الدولى الإسلامى موقف الأبوة ولذا قد يكون مناسبا — ان نعقد بينه وبين جروسيوس — الملقب عند الغربيين بأبى الفقه الدولى — مقارنة وجيزة .

ليس من جدل فى أن كلا الفقيهين قد خص العلاقات الدولية بجزء كبير من عنايته وأنهما بذلا فى ذلك السبيل جهداً وضعهما فى مكان الصدارة بالنسبة للأجيال التى لحقت . ومن ثم فلا يكون من قبيل المغالاة أن نقول إن الشيبانى — الذى خلف لنا فى سيره الكبير — آراء فقهية مفصلة هو أهل لأن يسمى بين فقهاء المسلمين بأبى السير وبين فقهاء القانون الدولى العام بأبى القانون الدولى من حيث إنه هو الذى دون لنا مجموعة كاملة كانت بحق أول مدونة تناقش قواعد القانون الدولى بوصفه علماً قانونياً له كيانه المستقل . وأنا لا إتجنى بهذا على جروسيوس الذى جاء بعد قرابة تسعة قرون والذى عاش فى حضارة وثقافة ومبادىء تأثرت إلى حد كبير بالإسلام وثقافته ، ولنقارن على سبيل المثال — لتزكية ماأقول — آراء الشيبانى والقواعد التى ضمنها سيره الكبير نفقه جروسيوس فى خصوص حق الغنيمة — وهو البحث الذى أقعد جروسيوس مقعد الأبوة — ليتأكد لنا أن استاذية الشيبانى لايمكن إنكارها فى هذا المجال .

والحق أن الثقافة الإسلامية كانت قادرة على أن تسهم بنصيب أكبر فى تطوير القانون الدولى لولا القطيعة التى سيطرت على علاقات العرب بالغرب بسبب الموقف العقائدى لكل منهما حيال الآخر . ولا يمكن أن نصف العلاقات التى قامت بين الدولة العباسية [illegible] خلال العصر الوسيط بأنها كانت على جانب كبير من الأهمية على الرغم من السفارات المتعددة التى تبادلها الطرفان والمزايا التى منحها الخليفة [illegible] لحجاج بيت المقدس من الأوروبيين إذ لم تخلف هذه العلاقات معاهدات بين الجانبين . وربما كانت الحروب الصليبية هى أكثر أحداث العصر الوسيط اتصالا بالقانون الدولى فيما يتعلق بعلاقة العرب والمسلمين بالمسيحية الأوروبية إذ خلفت لنا هذه الحروب العديد من المعاهدات بين أمراء المسلمين وقواد الفرق الصليبية وأمرائها كما أرست مبادىء لقواعد من السلوك الدولى أذكر منها هنا أصول الفروسية التى أخذها الغربيون عن المسلمين فأصبحت من شروط النبل والجدارة لهم فيما بعد .

وكان المأمول أن يؤدى التقارب بين فرنسا وتركيا الذى تمثل فى معاهدة ١٥٣٥م ــ أتى وقت أن كانت براعم القانون الدولى الحديث على وشك أن تتفتح ــ كان المأمول أن يؤدى إلى مزيد من التعاون والتكامل بين الحضارتين لولا غلبة المفكرين الذين استهجنوا هذا التردد . وأكثر من هذا أن أوروبا لم تكن على استعداد لاستقبال تركيا ضمن الأسرة الأوروبية الدولية الغضة حديثة النشأة .

الفصل الثانى
فى
التنظيم الدولى الراهن لدار الإسلام

« إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون »

الفقه التقليدى : العالم داران (اسلام وحرب) :

لعل أول تصور للتنظيم الدولى فى الإسلام كان محاولة الرسول ﷺ جمع الأقاليم المجاورة — فارس وبيزنطة ومصر والحبشة — تحت راية الإسلام عن طريق البعوث التى شخصت إلى تلك البلاد ثم ماأبرمه ﷺ من معاهدات وماأعطاه من عهود لأهل الكتاب فى مناطق متفرقة من الجزيرة العربية . وتبعاً فإن ذمة الله ورسوله — فيما أرى — كانت قاعدة التنظيم الدولى الإسلامى المبكر . فلما اتسعت رقعة الإسلام وقويت بفضل الله شوكته اتجه الفقه إلى تأكيد ذاتيته وجمع كلمته فابتدع تصوراً شاملاً يقسم الجماعة الدولية إلى دارين : دار اسلام ودار حرب .

لقد انشغل الفقه الإسلامى منذ باكورة أيامه بتعريف دار الإسلام وتميزها عن دار الحرب ولكن الفقهاء تفرقوا شيعاً فى تحديد مفهوم الدارين .

فهناك من يضع تعريفاً لكل دار من الدارين على حدة . وذلك المنهاج هو المفضل عند اولئك الذين لا يقتصرون على الدارين فحسب بل يضيفون دارا ثالثة هى دار الصلح أو دار العهد أو دار الموادعة ، وهؤلاء هم الشافعية . والدار الثالثة دار تستقل بذاتها عن دارى الإسلام والحرب ولكنها تدفع الجزية لدار الإسلام أو تتنازل عن جزء من إقليمها لدار الإسلام . وأحب أن أدرج هنا مايطلق عليه البعض « دار الدعوة » حيث تتوفر للدعوة الإسلامية وسائل التوعية بها فلا تلقى عنتاً ولا ثبورا . ويعتمد هذا الرأى على سابقتين فى الإسلام إحداهما عهد الرسول ﷺ لنصارى نجران إذ أمنهم على مالهم

وأنفسهم لقاء الراد مال . ولكن النص يكيف الوضع على أنه مهادنة لأن الالتزام فى هذا خراج وليس جزية . والتاريخ العهد الذى أبرمه عبد الله بن سعد بن أبى سرح كان ... المعاهد ... مع أهل النوبة بعد أن صدوا جحافل العرب عن بلادهم . وفيه تعهد المسلمون بحماية المسلمين والذميين الذين يعبرون النوبة كما تعهدوا أن يقدموا ... ضريبة ... من أرقاء . ولكن الحنفية لا يرون فى هذا العهد عهد سلام بل هدنة ووفاقا لتبادل المنافع .

وهناك من يرى أن دار الإسلام وما عداها يكون دار حرب أو العكس بالعكس . وهؤلاء هم الحنفية ، فهم لا يتصورون أن تبقى دار بعيدة عن طائلة الفتح الإسلامى ومن ثم فدار الإسلام عند هذا الفريق — هى حيث يرتفع لواء الحكم الإسلامى وتعلو سيادته وما عدا ذلك دار حرب

وعند آخرين دار الحرب هى التى يصدق عليها معيار أو أكثر من المعايير التالية وما عداها فدار اسلام :

(١) لا تجد أحكام الإسلام سبيلاً إلى التطبيق فى ربوعها .

(٢) أو حيث لا يأمن المسلم والذمى على نفسه وماله . وتكون إقامته فيها محفوفة بالمخاطر .

والقول — على التقسيم الأخير — يسمح لنا بأن ندخل الأقاليم التى لا سيد لها ضمن دار الإسلام حيث يستطيع المسلم أن يجد فيها مستقراً آمنا حتى ولو لم تخضع لحكم الإسلام (الشوكانى — نيل الأوطار ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٨٥٢ ، ص ٢٨ — ٢٩) .

الفقه التقليدى . نقد وتعليق :

إن الرأى عندى أن الفقه التقليدى فى تعريفه لدار الإسلام — على الرغم مما بذله من جهد — إنما يبسّط القضية أكثر مما يجب بل إنه قد يصل فى التبسيط إلى حد السطحية التى تحار أمام حقائق التاريخ ووقائع العصر . فكيف — على هدى مما قدمت — نصف الدولة البيزنطية ؟ لقد التزمت بيزنطة فى فترة بدفع

ضريبة للمسلمين فهل أصبحت بذلك دار صلح ؟ يصعب أن نقول هذا القول ، ذلك أن ماتعهد تيودومير بدفعه ـ فى القرن الأول للهجرة ـ إلى المسلمين لم يكن أكثر من نفاق أراد به تحاشى بطش المسلمين إلى أن تتهيأ له فرصة الانقضاض عليهم ، فلا عجب إذن أن تنقض بيزنطة ـ أو تحاول أن تنقض ـ عهدها مع المسلمين فى عهد الرشيد فلما كسر شوكتها قبل امبراطورها نيسو فرس وأسرته أن يدفعوا جزية إلى جانب الضريبة
(Hamidullah, M.The Muslim Conduct of State, Lahore, 1953, pp. 91-92).

بل إن الأمر يزداد صعوبة اليوم إذا نحن أردنا أن نتخذ من التعريف التقليدى معياراً لتحديد هوية الدول . فهناك دولة مثل تركيا التى يدين شعبها وحكامها بالإسلام ولكن قوانينها تسمح بما لا يقبله الإسلام ، وأخرى مثل السنغال التى تعتنق غالبية سكانها الإسلام ولكن ولى أمرها (رئيس جمهوريتها) غير مسلم ، وقد يكون الأمر بالعكس ، كما كان الحال فى حيدر اباد فالمهراجا مسلم والناس فى معظمهم غير مسلمين ، ففى أى الفئات نضع هذه الأقاليم ؟ كذلك يثور التساؤل بالنسبة للإقليم الذى يسيطر عليه البغاة العصاة أيبقى دار إسلام ـ كما يرى الكثيرون ـ أم أنه ينقلب دار حرب إذا انفصل عن دار الإسلام بدار حرب ؟ .

وعلى كل فقد دبلت فكرة تقسيم العالم إلى دارين وطوتها السنون مع تعاقب الحدثين ـ بيد أن فكرة جمع الشمل الإسلامى لم تغب عن بال المصلحين ولم تهدأ فى نفوس الدعاة المتحمسين فتبدت خلال القرنين الأخيرين فى صورة دعوات ومبادرات إلى عقد مؤتمرات إسلامية غلب عليها فى البداية الانطواء تحت ظل الخلافة العثمانية ثم تجسدت فى مؤتمرات التأم عقدها فى القاهرة ومكة المكرمة والقدس خلال الفترة من سنة ١٩٢٤ ـ ١٩٣٥ . واستمرت الجهود خلال وأثناء الحرب العالمية الثانية وكان الحج دائماً مصدر الإيحاء بعقد المؤتمرات الإسلامية . ودارت عجلة الزمان حتى قيض الله للمسلمين مؤتمرات

حيث بإقامة منظمات اسلامية حكوميه لعل رائدها هو منظمة المؤتمر الإسلامي وأخرى تحدثت عن منظمات إسلامية غير حكومية . وأتناول فيما يلي المنظمة المذكورة لتوحيد النشاط حاليا ومراسه بكلمة موجزة ثم أتبع ذلك بمقالة عن أبرز المنظمات الحكومية غير الإسلامية (راجع مزيداً من التفصيل للدكتور . . الأعلى في كتابه « أصول التنظيم الإسلامي الدولي » ، القاهرة سنة ١٩٨٨)

ولكنني أود — قبل أن أعرض للتنظيم الدولي الإسلامي الحديث — أن أجمل — في حدود أغراض هذا البحث — النزعات الجارية التي تحاول أن ترسم تنظيماً عاما للتنظيم الدولي المعاصر في النزعات الرئيسة الثلاثة التالية :

١ — نزعة تزعمها ليبيا ، وتنادي بتصور عالمي ثالث يوفق بين الاشتراكية والرأسمالية ، وتدعو لذلك تصورا يحاول إقامة ديمقراطية تطوع مفهومها الإغريقي للأوضاع الدولية الراهنة . ولكن هذه الدعوة تلقى معارضة شديدة من كثير من الدول الإسلامية .

٢ — نزعة الجماعات الإسلامية التقليدية . وتسعى إلى رتق الانقسامات التي تعرق العالم الإسلامي المعاصر في ظل تطبيق كامل لأحكام القرآن الكريم ولتلك الدعوة صداها في هبات الإصلاح الحديثة . وجدير بالذكر أن احمد بن بلا — الرئيس الجزائري السابق — استوحى تلك النزعة في دعوته المناهضة للحكم الحالي في الجزائر .

ويبدو أن هذه النزعه تقابل اليوم بين دار الإسلام ودار الجاهلية بدعوى أن الحكم في معظم دار الإسلام هو بغير ماأنزل الله .

وقد ترتب على هذه النزعة أن حلت الثورة محل الجهاد وأصبحت هي وسيلة دعاتها لاستعادة دار الإسلام التي يأملونها . وهي بذلك تستند إلى تفسير خاص للسياسة الشرعية وتثير الجدل حول مدى شرعية الثورة ضد الحكم إذا كان غير عادل .

٣ ــ نزعة بيوطنية يحركها بعض المفكرين من ذوى العقليات التى تغلب عليها المفاهيم الغربية وهى تحارب النزعة المتزمتة فى فهم القرآن وتطبيقه وتستجب الإرهاب السياسى وينادون بعقد اجتماعى للأمة الإسلامية يبتغى حماية الحرية الإسلامية ضد تجاوزات المادية المعاصرة دون أن يتسم بالثيوقرطية أو يميل إلى العلمانية .

مبحث تمهيدى
فى
المؤتمرات

كلمة تمهيدية :

يطيب لى أن استكمل هذا العرض بكلمة عن التنظيم الذى يجمع العالم الإسلامى اليوم حيث تتشاطر أقاليمه دول تستقل كل منها عن الأخرى بما لها من قوام سياسى وكيان قانونى ولم تعد تجمعه خلافة واحدة كما بدأها عصر الخلافة الراشدة ولا تمسك بزمامه وحدة موحدة كما سار فى العصر الأموى وغلب على حاله فى العصر العباسى . لقد خبت النظرة التى تقسم العالم بين دارين : دار للإسلام ودار للحرب ، وزوت الفكرة التى تقيم العلاقة بين الدارين على أساس الجهاد العسكرى وحلت محلها مفاهيم جديدة لعل أبرز تجسيد لها اليوم هو منتظم الأمم المتحدة الذى تسلك دول العالم ــ شرقيها وغربيها ــ فى عضويته . ولذا كان حريا بنا أن نتساءل عن موقع التنظيم الدولى الإسلامى من التنظيم الدولى الجماعى المعاصر . .

لقد عاشت الأمة الإسلامية فى سبات ــ بعد أن تفسخت وحدتها فى أواخر العصر العباسى ــ إلى أن جمعت العسكرية التركية أشلاءها فى عهد آل عثمان ثم عادت إلى الاسترخاء إثر انهيار حكم آل عثمان بعد الحرب العالمية الأولى حتى هبت عليها رياح الخير بعد الحرب العالمية الثانية فراحت تنتفض من

رقدتها وتلفت حواليها لتجد أن عالم الغد هو عالم الدول العظمى ، فهذا الاتحاد السوفيتي قارة أو بعض قارة ، وتلك الولايات المتحدة جماع عديد من الدويلات وأوروبا بصدد أن تنصهر في ولايات متحدة أوروبية والصين تضم سدس البشر والهند قارة أو شبه قارة ، وهكذا . وفي عالم العمالقة هذا لامكان للأقزام فإنهم لابد أن يندمجوا ويتكتلوا بينهم . فكان على الدول الإسلامية — وهي أولى الدول بالاتحاد وأكثر تجهزاً للتماسك — كان عليها أن تهرع لتواكب الركب ولا تتقاعس عن متابعة المسيرة . وتتمثل تلك الجهود التي تبذلها الدول الإسلامية البرم — على تواضعها — في سبيل اللحاق بالقافلة فيما تعقده من مؤتمرات دورية وماتنشئه من منظمات دولية . ولذا فإني أقدم للتنظيم الراهن لدار الإسلام بعجالة عن مؤتمرات الدول الإسلامية في الحقبة الأخيرة (راجع في الموضوع عموما ، عبد الله الأشعل ، أصول التنظيم الإسلامي الدولي ، المرجع السابق) .

المؤتمرات الإسلامية فيما بين الحربين العالميتين :

اخترت أن أبدأ باستعراض المؤتمرات الإسلامية مع نهاية الحرب العالمية الأولى لأن تلك الحرب تمثل بداية فترة النكسة الأخيرة للعالم الإسلامي وجعلت نهاية العرض هي الحرب العالمية الثانية لأن تلك الحرب تتواكب مع الصحوة المعاصرة . ولما كنت ابتغي من وراء هذا الاستعراض أن اقدم تصوراً مختصراً للقاءات الإسلامية في فترة هجوع العالم الإسلامي واستسلامه للسيطرة الغربية فإني اكتفي بكلمة وجيزة عن أهم تلك اللقاءات .

١ — **مؤتمر الحج سنة ١٩٢٤** : وهو مؤتمر نظمه الشريف حسين بغية التجهيز لما كان يحلم به من قيام دولة عربية مستقلة تحت إمارته فأراد دعم حكمه في إمارة المسلمين بمؤتمر اسلامي ، ولذا أعد له ميثاقاً يجعل الوحدة العربية نواة للوحدة الإسلامية ويسعى إلى جعل انعقاده سنوياً .

٢ ــ **المؤتمر الإسلامى العام للخلافة فى مصر (٢٥ مايو ١٩٢٦)** :. دعى الأزهر إلى عقد ذلك المؤتمر بهدف تنصيب الملك فؤاد ملك مصر وقتئذ ، خليفة للمسلمين ، بيد أن ريح الخلاف التى استعرت داخل المؤتمر انتهت به إلى الفشل ، واكتفى المؤتمر بإصدار قرار ينص على باستمرار هيئة المجلس الإدارية للمؤتمر فى مصر وان تقوم له فى مختلف بلاد الإسلام شعب تتعاون مع الهيئة الرئيسة للإعداد لمؤتمرات تالية .

٣ ــ **مؤتمر العالم الإسلامى فى مكة المكرمة (١٩٢٦/٦/٧)** : كان طبيعياً أن يكون لمؤتمر القاهرة معقباته فى الحجاز حيث يوجد الحرمان الشريفان ، ولذا دعى إمامها الملك عبد العزيز إلى مؤتمر عقد فى مكة بعد عدة أسابيع من عقد مؤتمر القاهرة . وقد أسفر المؤتمر عن بعض قرارات ظلت حبيسة مادونت عليه من أوراق ، وانتاب مباه دارا للاحتفاء بالوفود الرسمية للحجيج كل عام .

٤ ــ **المؤتمر الإسلامى العام فى القدس (١٩٣١)** : يعد أول مؤتمر جمع العالمين العربى والإسلامى لمناهضة الحركة الصهيونية ، ذلك أن الغرض من عقده كان هو محاربة الاستيطان الصهيونى لفلسطين . ولم يتح له الاستمرار فى نشاطه بعد أن حظرت بريطانيا نشاطه

٥ ــ **المؤتمر الإسلامى فى جنيف (١٩٣٥)** : تولدت فكرة ذلك المؤتمر لدى المسلمين المقيمين فى أوروبا وسمحت الحكومة السويسرية بعقده على أرضها شريطة ألا يتعرض للقضايا السياسية ولكن قلة الحضور وماعاصر المؤتمر من أحداث عالمية كانت تنذر باندلاع الحرب العالمية الثانية وقف بالمؤتمر عند دورته الأولى فحسب .

تلك هى أهم المحاولات التى عرفها العالم الإسلامى فى حقبة مابين الحربين وقد تعاصرت معها بعض الجهود الأخرى مثل محاولات انشاء هيئة دولية إسلامية للدفاع عن فلسطين ، وسعى اليابان لاستقطاب المسلمين بانشاء ماأسمته العصبة الإسلامية اليابانية الكبرى وعقد المؤتمر الإسلامى العالمى الأول

فى طوكيو تحت رعاية تلك العصبة ، ودعوة وفود إسلامية إلى المعرض الإسلامى فى طوكيو سنة ١٩٣٦ حيث كانت تأمل اليابان من وراء ذلك إلى تجنيد المسلمين ضد الحلفاء عندما يجد الحد ويحزب الأمر فى حرب عالمية كانت متوقعة وقتئذ .

بيد أن هذا وذاك ذهب أدراج الرياح وضاع فى عالم النسيان إثر تفجر الحرب العالمية الثانية ، وكان لابد للعالم الإسلامى من أن يبدأ من جديد .

فيما بعد الحرب الثانية :

بيوت الله تحرق : مؤتمر قمة الرباط (٢٢ ــ ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٦٩) :

كان لحريق المسجد الأقصى فى القدس وقع مروع دفع قادة المسلمين إلى أن يتناسوا مابينهم من صراع وانعقد شملهم فى المغرب بدعوة من ملكها الحسن الثانى « ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه » . وشهدت المؤتمر خمس وعشرون دولة من بين خمس وثلاثين وجهت إليها الدعوة ومثلت عشر منها برؤسائها (الجزائر واليمن والأردن والكويت وموريتانيا والمغرب وباكستان والسعودية والصومال واليمن) . وأبدت كل من الكمرون وغانا وساحل العاج وفولتا العليا ومالديف ونيجيريا وسيراليون وتنزانيا عدم رغبتها فى حضور المؤتمر بينما تغيبت سوريا بدعوى أنها كانت قد قطعت علاقاتها الدبلوماسية مع المغرب ، واشترطت العراق لحضور المؤتمر أن تقوم الدول الإسلامية التى لها علاقة دبلوماسية باسرائيل بقطع تلك العلاقات مسبقاً . وتلك كانت وقتئذ سبع هى تشاد وغينيا وإيران ومالى والنيجر والسنغال وتركيا ، ومن ثم رفضت أن تسهم فى المؤتمر .

وقد انعكست خلافات العالم الإسلامى على نشاط المؤتمر وكان أولها مشكلة السماح لمنظمة التحرير الفلسطينية بحضور المؤتمر فهناك من عارض ذلك (إيران وتركيا) وهناك من أصر على حضورها (الجزائر) فاضطرت المغرب إلى دعوة المنظمة كمراقب .

كذلك كان جدول الأعمال محل أخذ ورد عنيف فقد حبذ معظم المشتركين أن يقتصر المؤتمر على مسألة حريق المسجد الأقصى ومستقبل القدس ولكن البعض (ومن بينهم مصر) أصر على أن تبحث مشكلة الاحتلال الإسرائيلي ومستقبل فلسطين واللاجئين . وانتهى الأمر برضوخ الأغلبية للأقلية واتفق على أن يبحث المؤتمر مشكلة الشرق الأوسط برمتها

ثم جاءت عقبة كاد أن تتبعثر فيها جهود المؤتمر تلك هي مساهمة الهند . ذلك أنه على الرغم من أن اللجنة التحضيرية للمؤتمر رفضت طلب الهند فإن الراديكاليين من الحاضرين صمموا على دعوة الهند لأنها صديقة للعرب وعدوة الاستعمار وكان لهم ماأرادوا . والعجيب أنها مثلت بوفد يرأسه شخص غير مسلم والأعجب أن نسبة المسلمين فى الهند لاتتجاوز ١٠٪ فى حين أن هناك دولا أخرى ـــ مثل الاتحاد السوفيتى بل واسرائيل ذاتها ـــ تزيد نسبة المسلمين فيها على ذلك وكان مفروضا إن نحن سايرنا هذا المنطق أن تدعى مثل تلك الدول . وكان بديهيا أن تعزف بعض الدول المشتركة عن متابعة المساهمة فى نشاط المؤتمر إلى أن تنحى الوفد الهندى .

وانتهى المؤتمر ببيان يعلن بالإجماع عن التضامن الإسلامى فى القضية العربيه ويشجب العمل الإجرامى فى المسجد الأقصى ويدعو إلى عودة القدس تحت الهيمنة العربية . ويطالب بإعادة الأراضى العربية إلى ماكانت عليه قبل سنة ١٩٦٧ ويبدى فى عبارة عامة تأييده للشعب الفلسطينى ويؤكد الحاجة إلى العمل على توطيد التناصر والمعاونة المتبادلة فى كافة الحقول .

ولعل أهم إنجاز حققته المؤتمر هو قراره بإرساء لجنة لمؤتمرات لاحقة عندما أعلن أن وزراء خارجية الدول الإسلامية سيجتمعون فى العام التالى بالسعودية لإرساء تنظيم دولى إسلامى .

عروة وثقى : مؤتمر القمة الثانى : لاهور (٢٢ــ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٤) :

انعقد مؤتمر ثان للقمة فى مدينة لاهور بالباكستان (٢٢ ـــ ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٤) وحضره ستة وثلاثون ملكا ورئيس دولة وحكومة . وحضر المؤتمر

الأمين العام للجامعة العربية ووفد مؤتمر العالم الإسلامى والأمين العام لرابطة العالم الإسلامى وبطريرك انطاكية وسائر المشرق . وأغلب الظن عندى أن المفهوم الزمنى كثيراً مايسيطر على قرارات المجتمعين ولذلك نجد أن هؤلاء يعلنون — من بين أمور أخرى — مشاطرة شعوب آسيا وأفريقيا وأمريكا اللاتينية كفاحها المشترك من أجل التقدم الاجتماعى والاقتصادى ورفاهية كافة شعوب العالم وتخطى المصاعب الاقتصادية التى تواجهها الدول النامية (المسلمة وغير المسلمة) نتيجة للزيادة الأخيرة فى الاسعار .

ولحسن الطالع عقد هذا المؤتمر فى جو أكثر هدوءاً من سابقه فقد كان ميزان القوة فى الشرق الأوسط أكثر ملاءمة لصالح العرب إثر انتصار مصر فى رمضان على إسرائيل وماتلاه من مقاطعة فرضتها الدول العربية المصدرة للزيت وماواكب ذلك من زيادة حادة فى أسعار الزيت . كل ذلك أسفر عن درجة غير مسبوقة من الوحدة بين العرب ، وكان له صداه فى الشرق والغرب فقد سعت دول كفرنسا واليابان لمجاملة العرب والتعاطف مع قضيتهم ، كما تحسنت علاقة مصر بالسعودية وأنهت العراق نزاعها على الحدود مع إيران وزار القذافى مصر والسعودية وسوى خلافاته مع الدولتين وعادت العلاقات الطبيعية بين السعودية واليمن الديمقراطية واستأنفت سوريا والأردن علاقاتهما الدبلوماسية (التى سبق أن قطعت سنة ١٩٧١) واعترفت باكستان باستقلال بنجلاديش التى حضر رئيسها المؤتمر . فلم يكن عجباً أن تحضر المؤتمر ثمان دول جديدة (بنجلاديش والكمرون وجامبيا وغينيا بيساو وفولتا العليا ، وجابون وأوغندا والدولتان ليست بهما اغلبية مسلمة ولكنهما مثلاً برئيسيهما المسلمين) وأصبحت منظمة التحرير الفلسطينية عضواً كاملاً وحضرته العراق للمرة الأولى ولكن كمراقب . وهكذا كان المؤتمر محط أنظار العالم ، وتلقى من مختلف الدول برقيات التمنيات الطيبة .

وركز جدول أعمال المؤتمر على الصراع فى الشرق الأوسط ولذا انتهى المؤتمر إلى قرار بالإجماع يعد بالعمل ضد إسرائيل فى كافة المجالات ويدعو إلى

الانسحاب الفورى غير المشروط من الأراضى العربية المحتلة ويهاجم الدول العربية ـــ وعلى رأسها الولايات المتحدة ـــ التى تساعد اسرائيل ويعترض على تدويل القدس ويطالب بإعادتها إلى الهيمنة العربية ويسأل الدول الإسلامية مد العون لمنظمة التحرير الفلسطينية .

ودار نقاش حول المساعدات المالية للدول الفقيرة من قبل الدول الرابية ، وهى طبعاً الدول المصدرة للزيت . ولا أريد أن أطيل هنا بتلخيص فحواه ولكن اكتفى بالقول بأن المؤتمر قرر تبادل المعونة فى جهود تحريك الموارد الطبيعية وتعضيد التعاون الاقتصادى ولكنه لم يحدد على سبيل التفصيل طريق بلوغ ذلك الهدف .

كذلك اعتمد المؤتمر إنشاء جامعتين فى أفريقيا إحداهما فى النيجر والأخرى فى أوغندا . وتعاهد المؤتمرون على التشاور بقصد اتخاذ موقف موحد فى الأمم المتحدة وغيرها من الهيئات الدولية .

ولم يتجح مندوب أفغانستان فى جر المؤتمر إلى مناقشة مشكلة بلاده مع الدولة المضيفة (الباكستان) .

كلهم مسلمون : أول مؤتمر لوزراء الخارجية (جدة : ٢٣ ـــ ٢٥ مارس سنة ١٩٧٠) :

أستقر قرار مؤتمر الرباط على جمع يضم اثنين وعشرين وزيراً التأم عقدهم فى جدة لمناقشة موضوعين : فحص العمل الإسلامى المشترك فى الرباط وإقامة تنظيم دولى إسلامى دائم يعمل على تدعيم التعاون بين الدول الإسلامية فى مجالات السياسة والاقتصاد والثقافة .

والمؤسف أن العراق وسوريا قاطعتا ذلك المؤتمر مرة أخرى وراحتا تناديان بالكفاح المسلح ضد اسرائيل ، كما تخلفت اليمن الديمقراطية عن المؤتمر بسبب سوء العلاقات بينها وبين الدولة المضيفة ، كذلك لم تحضر تشاد ومالى . أما منظمة التحرير والجامعة العربية فقد شهدتا المؤتمر كمراقبين .

وافتتح الملك فيصل المؤتمر بحديث طويل مثير وعلى الرغم من ذلك حمى وطيس الجدل حول إنشاء المنتظم المزمع . فقد خشيت بعض الدول — ومنها مصر — أن يصبح المنتظم منافساً للجامعة العربية وأن يقع تحت سيطرة الدول المحافظة الموالية للغرب وبعضها على علاقة باسرائيل ، وذهب البعض إلى أن المنتظم المقترح سوف يكون تكراراً لجهود الأمم المتحدة وكثير من الهيئات الدولية الإسلامية القائمة مما يخشى معه التعارض .

وانتهى الأمر بصدور قرار إنشاء المنتظم واعترضت عليه أربع دول وامتنعت تركيا عن التصويت بمقولة إنها دولة علمانية . واتفق وزراء الخارجية على أن يلتئم شملهم مرة كل عام لمتابعة النشاط المشترك وإمداد العالم الإسلامى بأسس صلدة لتعاونه ، وأن يكون الاجتماع بترتيب دورى بناء على دعوة وإلا فإنه يتم فى مقر المنتظم . وكان طبيعياً — إرضاء للدول الثورية — أن يدفع المؤتمر مقال إسرائيل وأن يبدى تضامنه مع الفلسطينيين .

حسنة تتكرر : المؤتمر الثانى لوزراء الخارجية (كراتشى — ٢٦ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٧٠) :

من المؤسف أن هذا المؤتمر الذى حضرته ٢٤ دولة أضاع معظم وقته فى مناقشة وسائل تمويل المؤتمر وكيفية إيجاد اسس جديدة لتنظيم العالم الإسلامى . وانتهى بتعيين السيد تنكو عبد الرحمن بترار — رئيس وزراء ماليزيا السابق — أول أمين عام لمدة عامين .

ولم يفت المؤتمر أن يناقش اقتراحاً باكستانيا بإنشاء بنك إسلامى للتجارة والتنمية ، وكلفت مصر بدراسة المقترح تفصيلاً وتقديم تقرير عنه إلى الأمين العام . كما قرر إنشاء وكالة أنباء إسلامية فى طهران وأن يجرى اجتماع فى الرباط لدراسة إمكانية إقامة مراكز ثقافية حول العالم كذلك طلب إلى الأمين العام إعداد مشروع نظام للمنتظم .

وجرياً على العادة أبدى المؤتمرون تأييدهم الكامل للكفاح الفلسطينى

وشجبوا العدوان البرتغالى على غيانا وأيدوا قرار مجلس الأمن فى ذلك الخصوص .

ثالثة تؤكد : مؤتمر وزراء الخارجية فى جدة (٢٩ فبراير — ٤ مارس سنة ١٩٧٢) :

كان مفروضاً أن يعقد هذا المؤتمر فى كابول (أفغانستان) سنة ١٩٧١ ولكن الأزمة الأقتصادية التى عصفت بأفغانستان أدت إلى العائه . وقد انفق الجهد فى اجتماعات جانبيه كشفت عن تخلف عدد من الدول عن الوفاء باشتراكاتها .

وقد ضم المؤتمر ثلاثين دوله كان من بينها أربع جدد (البحرين وعمان وقطر والإمارات) كما حضرته لأول مرة سوريا — بعد تغير قيادتها — وكذا سيراليون .

وحص المؤتمر مشكلة الشرق الأوسط بكثير من اهتمامه وأوصى بإنشاء صندوق لفلسطين يتكون من الهبات الحكومية والشعبية لدعم الكفاح الفلسطينى . كما أبدى قلقه لوضع المسلمين فى الفلبين . وابتعث المؤتمر وفداً يسعى إلى الإصلاح بين باكستان وبنجلاديش . ووافق على مشروع إنشاء وكالة الأنباء الإسلامية بعد أن أصبح مقرها فى جدة . وكذا أقر مشروعات المراكز الإسلامية وبنك التنمية الإسلامى وتوج أعماله باعتماد ميثاق للمنظم الذى اصبح يحمل اسم « المؤتمر الإسلامى » ويستهدف تعزيز التضامن والتعاون الإسلامى فى كافة المناحى .

فذلكة :

أقف عند هذا الحد من تتبع مؤتمرات القمة الإسلامية ووزراء خارجية الدول الإسلامية لأن منتظم المؤتمر الإسلامى جرت الموافقة على مشروعه فى المؤتمر الوزارى الثالث الذى عقد سنة ١٩٧٢ وتم تسجيله لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة فى أول فبراير سنة ١٩٧٤ وقد ادخلت على ميثاقه بضعة تعديلات تقرر بعضها فى مؤتمرات القمة وتقرر بعضها فى مؤتمرات وزراء الخارجية .

وقد توالت بعد ذلك مؤتمرات القمة ومؤتمرات وزراء الخارجية فبلغ عدد مؤتمرات القمة عند كتابة هذه السطور خمسة مؤتمرات . وقد عقد مؤتمر القمة الثالث بمكة المكرمة والطائف (دورة فلسطين والقدس الشريف) فى يناير سنة ١٩٨١ وصادق المجتمعون ــ بمناسبة استهلال القرن الخامس العشر الهجرى ــ على وثيقة تاريخية أطلقوا عليها اسم « بلاغ مكة » ، وهى بمثابة صيغة استراتيجية إسلامية للعهد الإسلامى الشامل لمختلف المجالات . وعقد مؤتمر القمة الرابع بالدار البيضاء فى يناير سنة ١٩٨٤ ، وعقد مؤتمر القمة الخامس بالكويت فى يناير سنة ١٩٨٧ ، وهو أول مؤتمر تحضره مصر بعد أن رفع تعليق عضويتها .

أما مؤتمرات وزراء الخارجية فقد بلغ عددها سبعة عشر مؤتمراً ويتوقع أن ينعقد المؤتمر الثامن العشر بالرياض فى الأول من شهر مارس سنة ١٩٨٩ بإذن الله .

والحق أننى أوجزت الكلام عن التنظيم الدولى الإسلامى لأن هذا السفر إنما يناقش القانون الدولى الإسلامى وتبعاً فإن دراسة التنظيم الدولى بتفاصيله تخرج عن إطاره ولهذا اكتفى بالقدر الذى يمهد لمباحث هذا السفر ويعين على استكمال أفكاره

المبحث الأول
فى
المنظمات الدولية الإسلامية الحكومية

١ ــ المؤتمر الإسلامى :

مولد المنظم :

ترددت الأصداء الأولى لفكرة المنتظم فى اجتماع عقد سنة ١٩٥٤ ضم عاهل المملكة العربية السعودية ، ورئيس جمهورية مصر . ثم عادت المملكة

العربية السعودية ومعها إيران لتبشر بالفكرة سنة ١٩٦٤ وتشيع لها مهندسها الأكبر الملك فيصل عن إيمان وإصرار سعياً وراء إبرام حلف إسلامى ولكن مصر عارضت الدعوة ووصمتها بأنها دعوة إلى حلف استعمارى .

وانقسم العالم الإسلامى حيال التشابك الإسلامى إلى ثلاث كتل :

(١) كتلة ثورية ، وتضم مصر وسوريا والعراق والجزائر واليمن .

(٢) كتلة محافظة ، تجمع بين السعودية والأردن والمغرب وتونس .

(٣) كتلة محايدة ، تندرج تحتها الكويت ولبنان والسودان .

ولكن الله شاء لفكرة المنتظم أن ترى بارقا من نور فى مقديشيو سنة ١٩٦٤ ، عندما اجتمع عدد من ممثلى الأقطار الإسلامية ودعوا إلى عقد مؤتمر إسلامى لبحث مشكلات الأمة الإسلامية وتفقد الوسائل لمعالجتها . وزكى تلك الدعوة مؤتمر عقدته رابطة العالم الإسلامى فى العام التالى (١٩٦٥) بمكة حيث سأل المشاركون الملك فيصل أن يواصل مساعيه لتحقيق هذا الهدف الإسلامى الكبير وكلفوا أحمد بيلو (نيجيريا) بتقديم تقرير حول ذلك الموضوع .

وتجددت الدعوة فى مؤتمر العالم الإسلامى الذى عقد بعمان سنة ١٩٦٧ للنظر فى قضية فلسطين وكيفية استنقاذ القدس الشريف من الصهاينة .

وتجلت مشيئة الله فى مؤتمر ممثلى الدول الذى انخرط عقده بجدة (١٤ — ١٨ محرم ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٩ فبراير إلى ٤ مارس سنة ١٩٧٢ م) حيث وافق المؤتمرون على ميثاق المؤتمر الإسلامى ، وتم تسجيل ميثاقه فى الأمم المتحدة بتاريخ غرة فبراير سنة ١٩٧٤ كما أسلفت .

والدول التى ضمها مؤتمر جدة هذا هى أفغانستان والجزائر والإمارات العربية المتحدة والبحرين وتشاد ومصر وغينيا واندونيسيا وإيران والأردن والكويت ولبنان وليبيا وماليزيا ومالى وموريتانيا والمغرب والنيجر وعمان والباكستان وقطر والسعودية والسنغال وسيراليون والصومال والسودان وسوريا وتونس وتركيا والجمهورية العربية اليمنية .

وقد أشار المنتظم فى ديباجته إلى مؤتمر القمة فى الرباط ومؤتمر وزراء الخارجية الإسلامى الأول فى جدة ومؤتمر وزراء الخارجية الثانى فى كراتشى . كما أشار إلى الاعتبارات الإسلامية التى دفعت الدول إلى توحيد جهودهم فى ظل هذا المنتظم .

منتظم المؤتمر الإسلامى : عرض موجز :

أحكام الميثاق :

يقع ميثاق المنتظم فى ديباجة وأربع عشرة مادة تحدد أهداف ومبادىء المنتظم وهيكله والعضوية فيه وتفسير أحكامه . ويصبح الميثاق نافذ المفعول بعد ايداع وثائق التصديق لدى الأمانة العامة من قبل الأغلبية البسيطة للدول المشتركة فى مؤتمر وزراء الخارجية الثالث (انظر تفصيلاً فى أحكام المنتظم للدكتور عبد الله الاشعل ـــ المرجع السابق ، ص ٨٢ ـــ ٢٦٣) .

ويتم تعديل الميثاق بناء على موافقة وتصديق ثلثى الدول الأعضاء .

وتنقسم العضوية فى المنتظم تقسيما شكلياً ـــ ليس له من معقبات قانونية ـــ إلى فئتين :

(١) عضوية أصلية تضم الدول التى حضرت مؤتمر القمة الأول ومؤتمرات وزراء الخارجية الأول والثانى والثالث على التوالى والتى وقعت على الميثاق . أما الدول التى لم تحضر كل أو بعض هذه المؤتمرات فإنها لا تحصل على العضوية بمجرد التوقيع على الميثاق وإنما تطبق عليها الاحكام الخاصة بالعضوية الجديدة .

(٢) عضوية مكتسبة بالانضمام .

ويحق لكل دولة اسلامية أن تنضم إلى المنتظم بطلب يعرض على مؤتمر وزراء الخارجية فى أول اجتماع له بعد تقديم الطلب ، ويتم الانضمام بموافقة أغلبية ثلثى أعضاء المؤتمر . والواقع أن شروط اكتساب العضوية تبعث على التساؤل إذ مادام أن الدولة إسلامية فلماذا تعلق عضويتها على موافقة موصوفة من الدول الأعضاء وكيف ينسجم هذا مع ماقررته الديباجة من أن الأعضاء

الأصليين مقتنعون بأن عقيدتهم المشتركة تشكل عاملاً قوياً لتقارب القوى الإسلامية وتضامنها .

ويبلغ عدد الدول الاعضاء الآن خمسا وأربعين دولة ويجوز لأى منها أن تنسحب من العضوية بإشعار خطى للأمين العام تبلغ به جميع الدول الأعضاء . وتسوى الخلافات عن طريق المشاورات والمفاوضات أو القوانين أو بالطرق القضائية .

ولم يتضمن الميثاق تعريفاً للدولة الإسلامية « وهناك عدد من المعايير الممكنة لتحديد الصفة الإسلامية للدولة منها المعيار الدستورى حيث ينص الدستور على أنها دولة إسلامية أو دينها الإسلام وليس هذا النص قائماً فى كل الدول الإسلامية بل ينص بعضها على أنه دولة علمانية والمعيار الايديولوجى مثل السعودية التى تجعل دستورها القرآن والشريعة الإسلامية والمعيار الكمى مثل نسبة المسلمين إلى مجموع عدد السكان والمعيار الشخصى مثل ديانة رئيس الدولة . وقد جرى العرف على أن تقديم طلب العضوية يعد إقراراً بتوافر هذا الشرط . ونلاحظ بالنسبة لهذا المعيار أن تولى رئيس غير مسلم لكل من الكاميرون وأوغندا لم يؤثر على عضويتها فى المنتظم وقد جرى على الترحيب بطلب العضوية دون بحث هذه المعايير والاكتفاء بإبداء الرغبة فى العضوية» (عبد الله الاشعل ـــ المرجع السابق ، ص ١٤١) ، والحق أن هذا يعنى أن المؤتمر الإسلامى يسعد بانضمام الدول إليه دون التحقق ـــ أو دون الاهتمام بالتحقق ـــ من أنها اسلامية بالمعنى الصحيح . ولعلنا الآن أمام عضوية لا تقنع **بالدول الإسلامية فحسب وإنما تضم دولا يمكن أن أدرجها ضمن مدلول « المؤلفة قلوبهم » . فهناك دول ـــ مثل الكمرون ـــ لاتضم أغلبية اسلامية .** يقابل ذلك أن هناك جماعات إسلامية خاصة تعيش فى بلاد غير إسلامية وهى ليست ممثلة فى المؤتمر مثل مسلمى الهند والفلبين ..

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أهداف المنتظم ومبادؤه وهيئاته :

أهداف المنتظم . هي :

١ ــ تعزيز التضامن الإسلامي بين الدول الأعضاء

٢ ــ دعم التعاون بين الدول الأعضاء في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعلمية وفي المجالات الحيوية الأخرى والتشاور بين الدول الأعضاء في المنظمات الدولية .

٣ ــ العمل على محو التفرقة العنصرية والقضاء على الاستعمار في جميع أشكاله .

٤ ــ اتخاذ التدابير اللازمة لدعم السلام والأمن الدوليين القائمين على العدل .

٥ ــ تنسيق العمل من أجل الحفاظ على سلامة الأماكن المقدسة وتحريرها ودعم كفاح الشعب الفلسطيني ومساعدته على استرجاع حقوقه وتحرير أراضيه .

٦ ــ دعم كفاح جميع الشعوب الإسلامية في سبيل المحافظة على كرامتها واستقلالها وحقوقها الوطنية .

٧ ــ إيجاد المناخ لتعزيز التعاون والتفاهم بين الدول الأعضاء والدول الأخرى .

مبادىء المنتظم : أما المبادىء التي يستوحيها المنتظم فهي

١ ــ المساواة التامة بين الدول الأعضاء .

٢ ــ احترام حقوق تقرير المصير وعدم التدخل في الشئون الداخلية للدول الأعضاء .

٣ ــ احترام سيادة واستقلال ووحدة أراضي كل دولة عضو . .

٤ ــ حل ماقد ينشأ من منازعات فيما بينها بحلول سلمية كالمفاوضة أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم .

٥ ــ امتناع الدول الأعضاء في علاقاتها المتبادلة عن استخدام القوة أو التهديد

باستعمالها ضد وحدة وسلامة الأراضى أو الاستقلال السياسى لأية دولة عضو .

ولا يخطىء القارىء للأهداف والمبادىء فى ملاحظة أن من دبجها كان متأثراً إلى حد كبير بلغة وفلسفة ميثاق الأمم المتحدة .

هيئات المنتظم :

ويضم المؤتمر الإسلامى الهيئات التالية :

١ ــ مؤتمر ملوك ورؤساء الدول والحكومات وهو الجهاز الأعلى ويجتمع حينما تقتضى مصلحة الأمة الإسلامية .

٢ ــ مؤتمر وزراء الخارجية ويجتمع مرة كل سنة أو عند الاقتضاء فى أى من البلدان الأعضاء .

٣ ــ الأمانة العامة والمؤسسات التابعة لها ، ويرأس الأمانة العامة أمين عام لمدة سنتين ويجوز إعادة تعيينه لمدة أخرى ويعاونه أربعة مساعدين .

هذا بالإضافة إلى محكمة العدل الإسلامية التى أصبحت بما أدخل من تعديل على ميثاق المؤتمر الإسلامى جهازاً من أجهزة المؤتمر .

كذلك يضم المؤتمر اللجان المتخصصة التالية :

١ ــ لجنة القدس .

٢ ــ اللجنة المالية الدائمة .

٣ ــ اللجنة الإسلامية للشئون الاقتصادية والاجتماعية والثقافية .

٤ ــ اللجنة الدائمة للتعاون العلمى (والتكنولوجى) .

٥ ــ اللجنة الدائمة للتعاون الاقتصادى والتجارى .

٦ ــ اللجنة الدائمة للإعلام والشئون الثقافية .

هذا فضلاً على الأجهزة المتفرعة عن المنتظم (أى اجهزة فرعية للأمانة العامة) وهذه لم يشر إليها ميثاق المنتظم ولكنها نشأت بمقتضى قرارات من مؤتمر وزراء الخارجية . والأجهزة هى :

١ ــ صندوق التضامن الإسلامى (لاهور سنة ١٩٧٤) .

٢ ــ صندوق القدس (اسطنبول / ١٩٧٦) .
٣ ــ معهد البحوث الإحصائية والاقتصادية والاجتماعية (انقرة /١٩٧٧)
٤ ــ مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية (اسطنبول/١٩٧٩)
٥ ــ المركز الإسلامى للتدريب (التقنى) والمهنى والبحوث .
٦ ــ المؤسسة الإسلامية للعلوم والتكنولوحيا والتنمية (جدة / ١٩٧٥ ، ١٩٧٩)
٧ ــ مجمع الفقة الإسلامى (حده / ١٩٨١) .

أجهزة المنتظم :

هذا وهناك أجهزة أخرى تقرر إنشاؤها ولكنها لم تر النور بعد وهى : المركز العالمى للتربية والتعليم الإسلامى ، المركز الإسلامى لتنمية التجارة (الدار البيضاء / ١٩٨١) ، واللجنة الإسلامية للهلال الدولى (ليبيا) واللحنة الدولية للتراث الإسلامى ، والمجلس الإسلامى للطيران المدنى (تونس) ، واللحنة الإسلامية الدولية للقانون (الأمانة العامة) ، والمعهد الإسلامى للترجمة (الخرطوم) .

وجدير بالذكر أن وزراء الخارجية دأبوا منذ سنة ١٩٨٣ على تأكيد ألا تنشأ أجهزة جديدة إلى أن تكتمل دراسة هيكل الأجهزة القائمة بالفعل . وفى تقديرى أن مجمع الفقه الإسلامى واللجنة الإسلامية الدولية القانونية يحسن إدماجها لتحقيق مريد من الانسجام فى البحث والخروج بمفاهيم أكثر إتساقا وأقرب صلة بالمشكلات .

وكالات المؤتمر :

كذلك هناك مؤسسات إسلامية أنشئت فى إطار المنتظم ويمكن أن أسميها بتعبير العصر وكالات متخصصة للمنتظم وهى :

١ ــ البنك الإسلامى للتنمية .
٢ ــ الوكالة الإسلامية الدولية للأنباء .
٣ ــ (منظمة) إداعات الدول الإسلامية .

٤ ـــ العرفة الإسلامية للتجارة والصناعة وتبادل السلع .
٥ ـــ (منظمة) العواصم الإسلامية .
٦ ـــ الاتحاد الإسلامي لمالكي البواخر .
٧ ـــ (المنظمة) الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة .

حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامي :

وافق مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامي السابع الذى عقد فى استنبول خلال الفترة من ١٣ إلى ١٦ جمادى الأولى سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ١٢ إلى ١٥ من مايو سنة ١٩٧٦ على اتفاقية حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامي . وتتلخص أهم أحكام الاتفاقية فيما يلى :

١ ـــ يتمتع المنتظم بشخصية قانونية من حيث أهلية تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها ، والتعاقد والتقاضى .
٢ ـــ تتمتع أموال المنتظم وموجوداته أينما كانت بالحصانة القضائية مالم يقرر الأمين العام التنازل عنها صراحة على ألا يتناول هذا التنازل إجراءات التنفيذ ، ولعل ذلك من احتصاص مؤتمر وزراء الخارجية .
٣ ـــ حرمة المبانى التى يشغلها المنتظم مصونة ولا تخضع أمواله وموجوداته أينما تكون لإجراءات التفتيش أو الحجز أو الاستيلاء أو المصادرة أو ماماثل ذلك من إجراءات جبرية ، وكذا حرمة المحفوظات والوثائق بأنواعها مصونة .
٤ ـــ تعفى أموال المنتظم من الضرائب المباشرة والرسوم الجمركية والقوانين والأوامر الصادرة بحظر أو تقييد الاستيراد أو التصدير .
٥ ـــ تعامل رسائل المنتظم فى إقليم كل دولة عضو معاملة الأفضل .
٦ ـــ يجوز للمنتظم استعمال الرمز فى رسائله وإرسال مكاتباته برسول خاص أو بحقائب يكون لها وللرسول ماللرسل والحقائب الدبلوماسية من الحصانات والامتيازات .
٧ ـــ يتمتع ممثلو الدول الأعضاء فى الهيئات الرئيسة أو الفرعية والمؤتمرات

التى يدعو إليها المنتظم أثناء قيامهم بأعمالهم وسفرهم إلى مقر اجتماعهم وعودتهم منها بالحصانات والامتيازات الآتية :
عدم جواز القبض عليهم أو حجزهم أو حجز أمتعتهم الشخصية .
الحصانة القضائية ، حرية المحررات والوثائق ، حق استعمال الرمز .
حق إعفائهم وزوجاتهم من جميع قيود الإقامة ، التسهيلات التى تمنح للمبعوثين المؤقتين فيما يتعلق بالنظم الخاصة بالعملة والقطع ،
الحصانات والامتيازات الدبلوماسية بالنسبة لأمتعتهم الخاصة ،
الامتيازات والإعفاءات الدبلوماسية التى لا تتعارض مع ماسبق مع استثناء الإعفاء من ضريبة الإنتاج ومن الرسوم الجمركية على الأشياء المستورده غير أمتعتهم الشخصية . ويتمتع الخبراء من غير الموظفين بحصانات وامتيازات مماثلة .

٨ ـــ يجب على الدول الأعضاء رفع الحصانة عن ممثلها إذا اتضح أن تلك الحصانة تحول دون تحقيق العدالة وأن رفعها عنه لا يؤثر فى الغرض الذى من أجله منحت .

٩ ـــ لا تنطبق أحكام الحصانات والامتيازات المقررة لممثلى الدول الأعضاء بالنسبة لحكومات الدول الذين هم من رعاياها أو التى يمثلونها إلا إذا وافقت الدولة صاحبة الشأن .

١٠ ـــ يتمتع الأمين العام وموظفو المنتظم بالحصانات والامتيازات الآتية :
الحصانة القضائية فى عملهم ، الإعفاء من الضريبة على المرتبات والمكافآت ، الإعفاء هم وعوائلهم من قيود الهجرة ، التسهيلات الدبلوماسية فيما يتعلق بالنظم الخاصة بالقطع ، التسهيلات الدبلوماسية للإعادة إلى الوطن وقت الأزمات الدولية ، الإعفاء من الرسوم الجمركية فى بحر سنة من تاريخ تسلمهم العمل .
وعلاوة على ذلك يتمتع الأمين العام والأمناء المساعدون وكبار الموظفين هم وعوائلهم بالمزايا والحصانات الدبلوماسية كل بحسب درجته .

وبتحديد مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامي — بناء على مايرفعه إليه الأمين العام — فئات موظفي الأمانة الذين تنطبق عليهم هذه الأحكام .

١١ — ترفع الحصانة عن الأمين العام والأمناء المساعدين وكبار الموظفين بموافقة مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامي ، أما باقي الموظفين فترفع حصانتهم بقرار من الأمين العام .

١٢ — يجوز لأمانة المنتظم منح تذاكر مرور لموظفيها وتمنح التأشيرات لحاملي تلك التذاكر بناء على طلب من الأمانة العامه .

١٣ — يشكل المؤتمر هيئة لفض المنازعات :

(أ) الناشئة عن التعاقد وغيرها من المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص التي يكون المنتظم طرفا فيها .

(ب) التي يكون طرفاً فيها موظفو المنتظم الذي يتمتع بحكم مركزه بالحصانة إذا لم ترفع عنه هذه الحصانة .

١٤ — لايحول تطبيق الاتفاقية دون أن تتخذ كل دولة من الدول الأعضاء ماتراه مناسباً من تدابير لصيانة سلامة بلادها أو أمنها أو نظامها العام . وعليها عندئذ أن تسارع بالاتصال بالأمانة العامة بقدر ماتسمح به الظروف للاتفاق على الإجراءات الكفيلة بحماية مصالح المنتظم .

إن الحصانات التي لخصت أحكامها فيما سلف لاتستمد مشروعيتها من حكم نص صريح في القرآن أو السنة كما أنها لاتستند إلى سوابق في الشطر من التاريخ الإسلامي الذي يمكن أن نعتبر سوابقه مما يقاس عليه عند تقرير أحكام النظرية الإسلامية ولكننا نستطيع أن نلمح من بعيد إشارات لقاء بين تلك الحصانات والامتيازات وبين الأمن الذي ينعم به الحرم المكي الشريف ومن يدخله لاسيما إذا فهمنا الحرم بمعناه الواسع وهو المساحة من الأرض التي تحدد بها مكة المكرمة .

ولكنني لا ألح في تأكيد التماثل أو التقارب بين تأمين الحرم وقاصديه مع أن

هذا الأمان عام لايتوقف على أن يكون الدخول بقصد العبادة ــ وبين تأمين المنتظم الدولى وممثلى الدول الأعضاء والموظفين العاملين فيه ، وإنما أقيم هذه الحصانات والامتيازات على القاعدة الأصولية التى اقيم عليها الحصانات. والامتيازات الدبلوماسية وهى أن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب من حيث أن المؤتمر الإسلامى هو تصور حديث لرابطة الإيلاف التى تجمع الدول الإسلامية وأن حسن تحقيق المؤتمر لأهدافه فى تقرير التضامن الإسلامى ودعم التعاون تقتضيها ، فهى أهداف تزكيها النظرية الإسلامية على الدول الإسلامية فى علاقاتها بعضها بالبعض الآخر ، وفى قول آخر فإن الواجب الذى يلزم أن تتوخاه الدول الإسلامية فى علاقاتها المتبادلة يؤدى إلى ضرورة الإقرار للمؤتمر الإسلامى بالحصانات والامتيازات التى ألمحت إليها آنفا .

٢ ــ جامعة إسلامية لنشر الدعوة فى ربوع أفريقيا :

بدأت الاستعدادات النهائية لافتتاح أول جامعة إسلامية فى قلب القارة الأفريقية لتنشر الثقافة الإسلامية والتعليم الإسلامى وتحمل الدعوة الإسلامية من خلال تخريجها لدعاة إسلاميين من أبناء الدول الأفريقية يحملون العلم والثقافة الإسلامية اللغوية والأدبية والشرعية مثلاً وقدوة ودعاة يبشرون بدين الإسلام ويحملون لواءه ويعملون على تعليم أبناء القارة الأفريقية لغة القرآن الكريم وآدابها والعلوم الشرعية والفقهية وغيرها . والجامعة الجديدة هى جامعة النيجر الإسلامية والتى تتخذ من مدينة « ساى » بجمهورية النيجر مقراً لها ، وهى تابعة لمنتظم المؤتمر الإسلامى .

وللجامعة مجلس تنفيذى يتألف من رئيس الجامعة ونائبيه ومن عمداء كليات الجامعة ومسجل الجامعة وأعضاء هيئة التدريس وينتخبون من طرفها . ويتولى رئيس الجامعة رئاسة المجلس التنفيذى ويتولى هذا المجلس اقتراح اللوائح التنفيذية للجامعة وإنشاء كليات أو معاهد أو أقسام جديدة بالكليات ومنح الدرجات العلمية وإقرار مناهج الدراسة وخططها فى الكليات والمعاهد على أن تكون متضمنة الثقافة الإسلامية والتعليم الإسلامى بالنسبة لكافة المستويات والتخصصات .

إن الجامعة الإسلامية فى النيجر ستكون إن شاء الله رائدة لفكرة الجامعة الإسلامية المفتوحة فى القارة الأفريقية لأن الحاجة لها ضرورية وماسة نظراً لكبر واتساع القارة الأفريقية وافتقارها إلى التعليم الإسلامى الصحيح . كما سيتم إيجاد قنوات للاتصال العلمى مع مختلف الجامعات الإسلامية فى العالم الإسلامى من أجل التعاون العلمى والأكاديمى معها لتستفيد من خبراتها وتجاربها وكفاءاتها العلمية من أعضاء هيئات التدريس .

ومن هنا نستطيع أن نقول إن الجامعة تهدف للقيام بدور بناء الإنسان المسلم وإثراء حياته بالإضافة إلى تمكين الطالب من استيعاب العلوم والتقانة واستخدام حصيلة المعرفة العلمية فيما يعود بالخير على البلاد الإسلامية وشعوبها وقيام الجامعة فى اطار برامج تحقيق التضامن الإسلامى بالبحث الاكاديمى والنظر فى قضايا المجتمع من خلال المنطلقات الفكرية الإسلامية المتفاعلة مع احتياجات البيئة . كما ترعى الجامعة فى إطار خطط المؤتمر الإسلامى حركة إحياء ونشر التراث الإسلامى فى القارة الإفريقية وتشجيع البحث والسعى فى تحقيق التقارب والتفاهم بين شعوبها وتوفير الإطار الملائم والوسائل اللازمة للتعليم العالى والدراسات العليا فى مختلف مجالات العلوم والمعرفة بجانب العناية الخاصة بالدراسات الإسلامية وأبحاثها وبتعليم اللغة العربية ونشرها والنهوض بالنشاط الثقافى والرياضى والاجتماعى والعلمى .

وقد راعى النظام الأساسى لإنشاء الجامعة الإسلامية بالنيجر أن تضم الجامعة العديد من الكليات المختلفة لتتكامل رسالتها العلمية ولتحقق الغرض منها فى توفير فرص التعليم أمام أبناء المسلمين فى مختلف التخصصات العلمية . وقد نص النظام الأساسى على أن تتكون الجامعة من كليات للغة العربية والدراسات الإسلامية والعلوم والطب والاقتصاد ، وسوف يتم إنشاء تلك الكليات تدريجيا ، كما يجوز لمجلس أمناء الجامعة إنشاء كليات أخرى أو معاهد علمية جديدة .

إن الجامعة ستبدأ ببدء الدراسة فى كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية

والتى ستضم ثلاثة أقسام علمية هى العلوم الشرعية ، واللغة العربية ، والعلوم التربوية . وسيتم قبول ١٠٠ طالب موزعين وفقاً لنسب معينة .

المبحث الثانى
فى
المنتظمات غير الحكومية

تمهيد :

المنتظمات غير الحكومية هى المنتظمات التى تنشئها هيئات غير حكومية . ولذا فإن رسالة هذه الفئة من المنتظمات لا علاقة لها بالقضايا السياسية وإن كنا لا نستطيع أن نجرد نشاطها وقراراتها من الآثار السياسية ، فضلاً على أنها يمكن أن تقوم فى الجماعة الدولية بدور جماعات الاسترهاب التى تعرفها المجتمعات الداخلية وذلك بما لها من قدرة على تجميع الرأى العام وتطويع وسائل الإعلام . وأضرب مثلاً لذلك بموقف رابطة العالم الإسلامى من حركة الجمهورية الإسلامية التى ترعمها فى السودان محمود طه فقد أدانت الرابطة تلك الحركة وأيدت إعدام المذكور وذلك نشاط قد لا تكون له سمات سياسية ظاهرة ولكن علاقته بالأوضاع السياسية واضحة .

والحق إن قيام منتظمات اسلامية غير حكومية ظاهرة يجب أن يباركها كل مخلص للدعوة لأنها يمكن ــ إن صدقت نواياها واستقام سبيلها ــ أن تقوم بدور فعال على درب الإحياء السليم للدعوة الإسلامية النقية . ومما يذكر أن مؤتمر المنتظمات الإسلامية الذى عقد بمكة سنة ١٩٧١ عزز نشاط لجنة عليا فى رابطة العالم الإسلامى للتنسيق بين مختلف المنتظمات الإسلامية .

وقد تعددت بحمد الله المنتظمات غير الحكومية فى وقتنا هذا واختار منها أبرزها وهى :

١ ـــ رابطة العالم الإسلامي .

يخلط الكثيرون بين الرابطة وبين منظمة المؤتمر الإسلامي الذى قدمت الكلام عنه فى حين أن المؤتمر منتظم حكومى أما الرابطة فمنتظم غير حكومى انبثق عن المؤتمر الإسلامى العام الذى عقد بمكة المكرمة خلال الفترة من ١٨ ـــ ٢٠ مايو سنة ١٩٦٢ واشتركت فيه وفود شعبية قدمت من دول إسلامية وغير إسلامية .

والرابطة منتظم عالمى تمثل فيه كافة الشعوب الإسلامية ، وهو بذلك يستكمل النقص فى عضوية المؤتمر الإسلامى التى تستبعد تمثيل بعض تلك الشعوب داخل المؤتمر .

وقد عقدت الرابطة العديد من المؤتمرات الإسلامية بغية تحقيق أهدافها وهى نشر الإسلام وشرح مبادئه والتصدى للقيادات والأفكار والحركات الهدامة والدفاع عن القضايا الإسلامية بما يحقق مصالح المسلمين ويحل مشكلاتهم

وأجهزة الرابطة هى :

(أ) المؤتمر الإسلامى العام ، ويعقد دورته خلال موسم الحج .

(ب) المجلس التأسيسى ، ويضم ستة وخمسين من العلماء وقادة الرأى والفكر فى العالم الإسلامى ويختارون من المناطق والدول الإسلامية وغير الإسلامية بترشيح من الأمين العام وموافقة المجلس .

(ج) الأمانة العامة ، وتتبعها مكاتب فى الخارج تبلغ حوالى خمسة عشر مكتباً .

والرابطة عضو فى مجموعة « أ » للمنتظمات غير الحكومية ذات الوضع الاستشارى بالمجلس الاقتصادى والاجتماعى للأمم المتحدة وعضو فى اليونسكو وفى صندوق الطفل الدولى ، وتحضر اجتماعات المؤتمر الإسلامى . ولها ممثل لدى الفرع الأوروبى للأمم المتحدة فى جنيف وفى مقر السوق الأوروبية المشتركة ببروكسل .

٢ ـ الأمانة العامة للمجلس الاقتصادى للمساجد :

وتهدف إلى تكوين رأى عام إسلامي وتمكين المسجد من أداء رسالته والحفاظ على الأوقاف والدفاع عن حقوق الأقليات الإسلامية فى أداء شعائرهم الدينية . وقد أنشيء المجلس فى سبتمبر سنة ١٩٧٥ بقرار من مؤتمر رسالة المسجد. ويتكون من هيئة تأسيسية تضم ٢٥ عضواً دائماً ، ٢٤ عضوا مكملا لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد . وهؤلاء يمثلون أربعين شعباً وأقلية إسلامية .

ويعقد المجلس دورة سنوية .

٣ ـ مجلس مجمع الفقه الإسلامى :

ويضم مجلساً وأمانة ألحقت بها عدة لجان هى لجنة المصطلحات الفقهية ولجنة التراث الفقهى ولجنة البحث العلمى ولجنة الصياغة ولجنة الدراسات المعاصرة ولجنة المكانات وقسم الأرصاد . ويهدف إلى احياء التراث الفقهى ونشر ودراسة مايستجد من مسائل . ويعقد دورة سنوية .

٤ ـ الندوة العالمية للشباب الإسلامى :

تأسست سنة ١٩٧٣ بمدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية ، وتهدف إلى خدمة الفكر الإسلامى بين الشباب ودعم المنتظمات الشبابية الإسلامية .

وتضم : الاجتماع العام والأمانة العامة ورئيس عام الندوة والمكتب التنفيذى والهيئة الاستشارية . والعضوية فيها على ثلاثة أنواع : عضوية عاملة لمنتظمات الطلبة المسلمين وعضوية مؤازرة للمنتظمات غير الطلابية والشخصيات القيادية وعضوية استشارية للشخصيات الإسلامية والشبابية .

ويصدر قرار العضوية عن رئيس الندوة بناء على توجيه الأمانة العامة .

٥ ـ جمعية الدعوة الإسلامية :

وهى جمعية ليبية مقرها طرابلس ولكن نشاطها عالمى . وقد نشأت بناء على

توصية من مؤتمر للدعوة الإسلامية سنة ١٩٧٠ ويحكم نشاطها القانون الليبي .

وتهدف الجمعية إلى نشر الدعوة الإسلامية على الصعيد العالمي . وقد أولت الجمعية اهتماماً للقضايا الإسلامية كقضية فلسطين وقضية أفغانستان .

وتضم الجمعية العمومية واللجنة التنفيذية والأمين العام . ولغاتها الرسمية هي العربية والإنجليزية والفرنسية .

٦ ـ مؤتمر العالم الإسلامي :

وهو استمرار للمؤتمرين اللذين عقد أولهما بمكة سنة ١٩٢٦ وثانيهما بالقدس سنة ١٩٣١ ، ذلك أن مؤتمرا عقد بكراتشي وقرر إحياء المؤتمرين السالفين . وقد تكرر انعقاد المؤتمر بعد ذلك ويهدف إلى إيجاد عمل إسلامي مشترك وتوحيد الأمة الإسلامية والدعوة إلى الله . ويضم مجلسا يعقد اجتماعاً سنوياً وأمانة عامة .

وأحب أن ألفت النظر إلى عدم الخلط بين هذا المنتظم غير الحكومي وبين منتظم المؤتمر الإسلامي الذى هو منتظم حكومي كما اسلفت .

٧ ـ الهيئة الخيرية الإسلامية العالمية :

وتهدف إلى المشاركة فى كافة أوجه نشاط البر ونشر الثقافة الإسلامية والتعريف بمبادىء وأخلاقيات الدين الحنيف . وقد انشئت بمرسوم أميرى سنة ١٩٨٧ .

وأجهزة الهيئة هي الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والمدير العام .

والعضوية فى الهيئة نوعان : عضوية عاملة لأعضاء الجمعية التأسيسية وغيرهم من الشخصيات المسلمة التى تساهم بالجهد والمال فى الهيئة ، وعضوية شرفية تضم الشخصيات البارزة التى يختارها مجلس إدارة الهيئة لما قد يراه من نفع يؤدونه للهيئة .

٨ ـ جمعية دار اليتيم :

لا أرى داعياً هنا للتذكرة بالظروف الاقتصادية والاجتماعية التى يعيش فى

ظلها سكان الضفة الغربية وقطاع غزة المحتلين لكى ندرك صعوبة مواجهة هذه الظروف والمهمة العظيمة الملقاة على عاتق الذين يتقدمون للمجابهة من أجل خدمة الأهداف الاجتماعية والحياتية الملحة لسكان تلك المناطق . وإذا أضفنا إلى ذلك المشكلات الاعتيادية مثل اليتم والفقر وفقدان الجو العائلى السليم لأصبحت المهمة اكثر من أن يحتملها أفراد قلائل ، ولتطلب الأمر مساهمة كل ذوى الأيدى الكريمة فى طول العالم الإسلامى وعرضه . وخاصة فى العالم العربى الذى يحمل شرف نشر الدعوة الإسلامية التى هى دعوة الخير فى كل مكان .

وفى ظل غياب الاهتمام الرسمى الكفيل بتلبية الاحتياجات النفسية والحياتية والاجتماعية للأطفال الأيتام وتهيئتهم فيما بعد للدخول فى معترك الحياة مسلحين بالوعى الدينى والثقافة الوطنية الإيمانية انطلقت الجمعية قبل ربع قرن لتعمل بجهد منكور على الرغم من كافة العراقيل والصعاب التى اعترضت طريقها .

وقد تأسست الجمعية سنة ١٩٦١ واضعة نصب أعينها الاهداف التالية :

١ ــ احتضان ورعاية الأيتام لفقدهم أحد الوالدين أو كليهما ، أو ضحايا التفكك الأسرى ، بتوفير السكن والغذاء والكساء والرعاية المدرسية والعناية الصحية وتعويضهم عما افتقدوه من حنان واستقرار ومنحهم الحق فى حياة كريمة .

٢ ــ رعاية وجوه الخير والمساهمة فى النشاط الاجتماعى العام .

وقد استمرت الجمعية فى عملها الدؤوب فى رعاية الأيتام فى المرحلتين الإعدادية والثانوية ولكن بسبب ما حل عام ١٩٦٧ وما أسفر عنه من ظروف طارئة رأت الجمعية أن تكتفى برعاية الأيتام من سن ٦ ــ ١٤ تمهيداً للانتقال إلى مرحلة أكثر تطوراً ، وبعد وقت طويل ــ وبسبب المصاعب الاقتصادية أساساً ــ استطاعت الجمعية تطوير أعمالها . وهى تحتضن حالياً عددا من الذكور الأيتام من سن ٦ ــ ١٨ سنة وتؤمن التعليم الجامعى للمتفوقين منهم وتوفر لنزلائها ــ وعددهم ٦٤ شخصاً ــ السكن المزود بدفء العاطفة والحنان والملبس والطعام والرعاية المدرسية والصحية .

الفصل الثالث
فى
التعريف بالقانون الدولى الإسلامى وأصوله

المبحث الأول
فى
التعريف بقانون السلام الإسلامى
وجوهر القاعدة القانونية الإسلامية

١ ـــ تعريف القانون الدولى الإسلامى :

تفيض كتابات الفقه الدولى المعاصر بسيل من تعريفات القانون الدولى بيد أنها تختلف فى النهج فبعضها تتخذ من أشخاص القانون الدولى ركيزة لتعريف القانون فى حين كانت العلاقات الدولية هى نقطة البداية عند البعض الآخر . ولكننى لا أحس فى نفسى قناعة بأى من الاتجاهين . ذلك أن العالم كان ـــ إلى منتصف القرن العشرين ـــ ضيعة الاقوياء فهم الذين يحلبون أبقاره ويقتسمون ثماره أما اليوم فقد انفتح الباب الموصود للدول غنيها وفقيرها وكان لابد لمفاهيم القانون الدولى من أن تهب للقاء هذا التطور فلم يعد الخير حكراً لحفنة من الدول بل أصبح قسمة بينها يشترك فيها صغيرها وكبيرها . وبعد أن كانت الكشوف الجغرافية منشأ لحقوق انحصارية تنفرد بها قلة مختارة أصبحت فى خدمة السيّارة . ثم إن الاتفاقات التى تعالج « الأقاليم الجديدة » (القطب الجنوبى والقاع المحيطى والفضاء الكونى) تشترك فى ظاهرة هامة تدعونى إلى أن أدرجها جميعاً تحت مسمى « التراث المشترك » ذلك أنها لم تدخل « الأقاليم الجديدة » فى حوزة القادر وإنما تعدها لتكون نطاقاً مشتركا للإنسانية تتعادل

حيالها الدول فى الحقوق وتتساوى فى الميزات . لقد أزلفت هذه الأفكار للفقه الدولى غير بعيد ونبوءتى أن بعضاً من نظريات القانون الدولى سوف تنقلب رأساً على عقب تحت طرقات الوافد الوليد .

ولما كان المأخذ الذى يعاب على التعريفات التى ترتبط بأشخاص القانون هو أن حصر الشخصية القانونية الدولية فى ظواهر بعينها أمر خطير لأن إضفاء الشخصية القانونية الدولية على وحدة بذاتها هو من المسائل التى قد تتغير بتغير الزمان وتبدل الظروف فما هو من أشخاص القانون الدولى اليوم قد لا يصبح كذلك غداً وماليس شخصاً قانونياً فى الحال قد يصبح شخصاً مستقبلاً . ولما كان ماقدمت من ايضاح — أى تأكيد التطور الجذرى الذى تشهده العلاقات الدولية اليوم — يمكن أن يكون مبرراً لمثالب تؤخذ على التعريفات التى تنطلق من العلاقات الدولية . فإننا نجد أنفسنا امام طريق مسدود يحسن معه أن نقنع — كما فعل البعض — من الغنيمة بالإياب ولكننا لن نكون حالين الوفاض .

كذلك فإن المذاهب التى تتخذ من طبيعة العلاقة منطلقاً لتعريف القانون الدولى لها مثالب أخرى ، من حيث أن هناك صعوبة نلقاها عندما نريد تحديد المواقف التى تخرج عن تطبيق القانون الدولى ذلك أن حدود القانون الدولى فى عرف تلك المذاهب تبدو غامضة ومضامينه ليست ثابتة ومجال معالجته غير مؤكد . وقد أراد البعض الخروج من هذا المأزق فاقترحوا أن يكون معيار تطبيق القانون الدولى هو مدى اهمية العلاقة فالقانون الدولى عندهم هو القانون الذى يحكم المسائل التى تهم الجماعة الدولية بالدرجة الأولى وتكون ذات خطورة تتخطى الحدود السياسية . ولكننا بهذا إنما نعرف الماء بعد الجهد بالماء ، فهل تعتبر الألعاب الأولمبية مثلا من علاقات القانون الدولى أم لا طبقاً لهذا التعريف ؟ .

إن القانون الدولى نسق تلعب فيه التطورات والأهداف دوراً بارزاً بمعنى أنه يتمثل فى مجموعة من قرارات ذات حجية تتخطى الحدود السياسية التى يقيمها الناس لتحديد ورعاية المصلحة المشتركة .

فلا مشاحة إذن أن انتهى إلى القول بأنني أصبحت من أنصار الاتجاه الذى يعزف عن التشبث بوضع تعريف جامع مانع للقانون الدولى من حيث أن مثل هذا التعريف يمكن — على هدى مما أسلفت — أن يصبح عقبة على درب تطور ذلك القانون .

وفى مجال البحث عن تعريف للقانون الدولى يجدر بنا أن نذكر الاتجاه الاشتراكى الذى يرى بأن القانون الدولى هو جماع مفاهيم القانون التى تحدد حقوق وواجبات تجمعات الطبقات الحاكمة التى تسهم فى العلاقات الدولية . ويزعم الفقهاء السوفيت أن القانون الدولى — كنظام قانونى يطبق فيما بين الدول — إنما يعبر عن إرادة الطبقات المسيطرة فى كل مجتمع . وهكذا فإن الطبقات تقوم فى النظرية الإشتراكية بدور غير مباشر فى تطوير القانون الدولى . بيد أن الكتابات الحديثة لفقهاء السوفيت تكشف عن تقبل وحدات أخرى غير الدول ضمن اشخاص القانون الدولى .

غير أن النظرية الإسلامية تقوم فى رأيى — أو يجب أن تقوم — على نظرة مزدوجة للقانون الدولى بمعنى أن يكون للقانون الدولى فى النظرية الإسلامية مدلولان ، مدلول فى علاقة الدول الإسلامية بعضها بالبعض الآخر ومدلول فى علاقة دار الإسلام بدار المخالفين ومؤدى هذا أن يكون من قواعد السلام قواعد عامة يشترك فيها المدلولان وتندرج فى كل بالمفهوم ذاته مثل أحكام حماية البيئة من التلوث ، وقواعد خاصة بكل مدلول على حدة مثل القواعد المتعلقة بالتعاون ذلك أن التعاون الذى يجمع بين الدول الإسلامية يصل إلى حد التكافل .

أما التعاون بين دار الإسلام ودار المخالفين فيجرى فى حلبة التعايش أو التعاون . والتعايش هنا له مظهران : إيجابى يتوقع من الدول الإسلامية أن تسهم فى تنظيم الجماعة الدولية والعمل على رقيها ، ومظهر سلبى يعنى الاحترام المتبادل بين دار الإسلام ودار المخالفين لحقوق كل وفى مقدمة ذلك احترام نشاط دار الإسلام فى الدعوة لعقيدتها والامتناع عن استخدام القوة أو التهديد

باستخدامها . ومن ثم فإن هذا التعايش لا يلغى كل أنواع الصراع والتنافس وإنما يهدهد من سورتها فيبقى عليها فى حلبة السلام بعيداً عن امتشاق الحسام . ولعل أقرب مثل لما أقصده لمدرك التعايش فى عمومه — دون تفاصيله — هو التعايش الذى يزاوج اليوم بين الدول الاشتراكية ودول العالم الحر ، فهما داران تختلفان عقيدة ولكنهما تتعايشان واقعاً وتلتقيان عند قواعد مشتركة دون أن يصل ذلك إلى التناحر الساخن مع عدم إغفال القانون الدولى الاشتراكى الذى يحكم علاقة دول الكتلة الشرقية بعضها بالبعض الآخر . وأود أن اضيف هنا كلمة تحذير ماكان أغنانى عنها لولا خشيتى من سوء فهم المتفيهقين الذين قد يظنون أننى هنا — والعياذ بالله — أقابل المفاهيم التبوعية بالمفاهيم الإسلامية .

والتعايش الذى عنيته هنا هو تعايش مع الدول غير الكتابية أما الدول الكتابية فإن العلاقة معها — إذا كانت دولا متوادة معنا — تقوم على التعاون كما أوضح فى موقعه من هذا السفر .

بيد أننى استلمح لفت النظر إلى أن الوجه الجديد الذى يجاهد القانون الدولى اليوم فى التحلى به — وهو ماأسميته التكافل أو التعاضد — هو الوجه الذى استشرفته النظرية الإسلامية منذ فجر عهدها ، أى أن القانون الدولى العام ينتهى هذه الأيام بأوليات بدأ بها قانون السلام فى الإسلام منذ أول الزمان .

ذلك أننا نستطيع أن نلخص تاريخ تطور القانون الدولى المعاصر بأنه بدأ قانوناً للتعايش ثم انقلب برحمة من الله — مع إطلالة التنظيم الدولى — إلى قانون للتعاون وهانحن نقف على عتبة تطور جديد وهو قانون التكافل متمثلا فى مدرك التراث المشترك . وأحب أن أتناول هذا القول بشىء من التحديد والتوضيح .

يمكن أن أوجز نزعة التكافل أو التعاضد فى القانون الدولى المعاصر فى مصطلح « التراث المشترك » بمعناه

الشامل الـــذى يلغـــى السيـــادات السياسيـــة ويغلفهـــا بغـــلاف سميك من المصالح الاقتصادية فيسقط فى مناطق من هذا الكون ادعاءات الدول لحقوق فردية ولا يقر لها فيها بمنافع اقتصادية انحصارية وإنما يجعل الدول شريكات لا فضل لإحداها على الأخرى إلا بما تسعى . وتتمثل إرهاصات تلك النزعة فى مناطق التراث المشترك فى قاع البحار العامة وفى الفضاء الكونى وفى القطب الجنوبى فلم يعد لدولة ما أن تدعى بحق السيادة فى تلك الأقاليم المستحدثة أو ان تزعم الانفراد بمنافع أى من هاتيك المناطق المستجدة . أما إذا انتقلت إلى النظرية الإسلامية فإننا نلاحظ ـــ كما أسلفت ـــ أن للقانون الدولى الإسلامى مدلولين : مدلول فى علاقة الدول الإسلامية بعضها بالبعض الآخر ، ومدلول فى علاقة الدول الإسلامية بالدول غير الإسلامية . وتلك حقيقة يجب ألا تغيب عن البال فى تفهم أحكام قانون السلام فى الإسلام حيث أن القانون الدولى فى النظرية الإسلامية هو ـــ فيما بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر ـــ قانون التعاضد والتكافل وهو فيما بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية قانون التعايش ، أو التعاون فى ظروف مناسبة .

أما أن العلاقات الدولية الإسلامية تقوم على التعاضد والتكافل فذلك دليله من القرآن والحديث . يقول سبحانه وتعالى « إنما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون » (الحجرات / ١٠) . بيد أنى احب هنا أن أشير إلى أن الاخوة والتعاضد بين الدول الإسلامية لاينفى المكانة الخاصة التى تتمتع بها المنطقة العربية داخل العالم الإسلامى فهى ـــ دون أن يعتبر ذلك نعرة قومية أو عنجهية عرقية ـــ تشكل الرابط الحقيقى للأمة الإسلامية وقاعدة البناء للوحدة العقائدية ولذا يقول عز وجل مخاطباً العرب فى محكم كتابه « لقد أنزلنا إليكم كتابا فيه ذكركم أفلا تعقلون » (الأنبياء / ١٠) .

ومن هذا الواقع لانجد فى العالم الإسلامى من لا ينظر إلينا بهذه القناعة بل ويؤمن أنه بين اتحاد العرب ووحدتهم يجد العالم الإسلامى منطلقه الحقيقى . ولذلك نجد كثيراً من المفاهيم يختلف حكمها فى العلاقات الإسلامية عنه فى

العلاقات العالمية — أى بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية — وأضرب لذلك مثلاً مستمداً من قوله عز وجل « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الآخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى امر الله » (الحجرات / ٩) . إن امر الله هنا يلزم الوحدات السياسية الإسلامية غير المتحاربة بالتدخل بين الوحدات السياسية المتحاربة . وهذا الالتزام لاتفرضه قواعد القانون الدولى المعاصر إلا اذا قبلته الدول رضاء ، وفى حدود ذلك الرضاء ، شأن ميثاق الأمم المتحدة . أما فى النظرية الإسلامية فإن تكافل الدول الإسلامية يفرض عليها فى كافة الظروف أن تتدخل لانهاء تلك الحرب وإصلاح ذات البين فإذا لم ترعو إحدى الطائفتين فقد بغت أىْ اصبحت ظالمة وعندئذ يجوز العدوان عليها . « ولا عدوان إلا على الظالمين » ، ويصبح التزاماً على الدول الإسلامية أن تقف إلى جانب الدولة التى امتثلت ضد التى بغت . وقد اعتبر التنزيل الحكيم قرار الدول المتدخلة امراً من الله أوله قوة أمر الله ولذا وجب على الدولة الإسلامية ألا تتخلى عن انفاذ ذلك القرار حتى تفىء إليه الدولة الباغية ، ومثل ذلك الالتزام أيضاً لاتفرضه قواعد القانون الدولى المعاصر إلا إذا ارتضته الدول بإراداتها فى حين أنه قاعدة من القواعد الآمرة فى النظرية الإسلامية . ومن ثم فإن الموقف المتقاعس الذى وقفته الدول الإسلامية من نزيف الدم الذى كان يهرق على الأرض العراقية الايرانية وقناعتها بالتباكى والنواح لا يفسره إلا أنهم يريدون أن تكون غير ذات الشوكة لهم ولا يشفى صدور المؤمنين وإنما يسعد ويشمت المخالفين .

وإذن فالنظرية الإسلامية تربط بين الوحدات السياسية الإسلامية — وأظهرها الدول — بروابط الأخوة لما فيه خيرها قاطبة وصلاح أحوالها وتأمين مستقبلها وتحقيق أمانيها وأمالها . وتجعل منها بنياناً مرصوصاً وجسداً محسوساً فإذا شكى عضو منها تداعت له باقى الدول بالعون وشد الأزر . لا أن تكون كما هى الآن تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى وسعيهم فى تبار .

ولذا فإن السياسة الخارجية للدول الإسلامية مجتمعة حيال الدول غير

الإسلامية يلخصها الحديث الشريف « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » . ونصرة الأخ الظالم تكون بمنعه عن الظلم ونصرة الأخ المظلوم تكون بالوقوف إلى جانبه حتى ينتصف « أشداء على الكفار رحماء بينهم » (الفتح / ٢٩) . تلك هي العروة الوثقى التي لا انفصام لها .

وإذن فالسيادة في مدلولها السياسي لابد أن تتخذ مفهوماً خاصاً في علاقات الدول الإسلامية المتبادلة فلا يجوز للدول الإسلامية أن تتمسك في علاقاتها المتبادلة بفكرة السيادة في مدلولها السياسي المطلق وعلى المستوى عينه وبالتشدد ذاته الذي تتمسك به في علاقاتها مع الدول الأجنبية . إن تراخي مدرك السيادة في نطاق العلاقات الإسلامية يتضح — من بين أمور أخرى — في فهم فكرة التدخل كما أسلفت حيث يكون على الدول الإسلامية أن تهتم الواحدة بشئون الأخرى على نحو يغاير الوضع في علاقة الدولة الإسلامية بالدولة غير الإسلامية لأن الفلسفة التي تحكم العلاقات الإسلامية هي تحقيق التعاضد والتكافل الإسلامي في أقصى معانيه وإن بقيت التقسيمات السياسية التي ينقسم إليها العالم الإسلامي تسمياتها الحالية . وفي قول آخر فإن هذه التقسيمات السياسية لا يجوز أن تقف عائقاً أو تكون ذريعة لتقاعس دولة إسلامية عن القيام بنصيبها أو أداء دورها في تدعيم التضامن الإسلامي وتحقيق الصالح المشترك « إن هذه أمتكم امة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » (الانبياء / ٩٢) . إن قانون السلام في الإسلام لا يفرض الوحدة على الدول الإسلامية وإنمايتطلبها— إن لم تكن — تمهيداً للصراط المستقيم الذي يؤدي إليها . ومن ثم فإن هناك رابطة اتحادية واقعيةإلزامية— أقرب ماتكون إلى ماأسميه حلف الإيلاف (الحلف الكونفدرالي) غايتها أن تنقلب بنعمة من الله إلى ماأسميه حلفا للموالاة (التحالف المركزي أو الفدرالي كما يسميه الغربيون) وسواء تمت الوحدة أم ظلت الدول الإسلامية في كيانات سياسية منفصلة فإنها يجب أن تكون كالبنيان يشد بعضه بعضاً . ولذا فإني أرفع عقيرتي في هذا المقام آملا أن نشهد يوماً قريباً تتخايل فيه السمات السابقة لهذا الترابط ولعل مبتدأها أن نجعل من الحج مناسبة حقيقية تشهد فيه الدول الإسلامية منافع لها وأن ينعكس ذلك في صورة

دار ندوة (برلمان) إسلامية تمهد الطريق للاتحاد الحقيقى وتجمع الرأى الإسلامى على مافيه خير الإسلام والمسلمين حتى تكون الأمة الإسلامية خير أمة أخرجت للناس . وقد يكون ذلك التجمع مناسبة لكى تصبح اللغة العربية ـــ لغة التوحيد الدينى ـــ هى أيضاً لغة التوحيد الاجتماعى والسياسى لا أن يظل الحال كما هو اليوم إذ يجتمع مؤتمر القمة الإسلامى وكأننا فى برج بابل فكل رئيس يتكلم بلسان حتى أن البعض عجز عن نطق البسملة أو اسم الرحمن . ولا ننسى هنا أن الله سبحانه وتعالى قد وجه بهذا فيما رسمه لحج البيت المعمور إذ أن فريضة الحج ليست أداء لمناسك فحسب بل هى أيضاً مناسبة لطلب منافع الدنيا وزخرف الحياة « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله فى أيام معدودات » (الحج / ٢٨) كما شاءت حكمته أن يجعل البيت مثابة للناس وأمنا . « وإذ جعلنا البيت مثابة للناس وأمنا » (البقرة / ١٢٥) .

إننى لا أقصد بما قدمت أن النظرية الإسلامية تلزم الدول الإسلامية بترسم سياسة تتناغم فى تفاصيلها وتتناسق فى جزئياتها وإنما عليها أن تتغيا سياسة عامة موحدة الأهداف متشابكة المقاصد وإن اختلفت مسالك الدول الإسلامية فى اتجاهها أو تباينت دروبهم فى الوصول إليها . يقول عز وجل « إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم فى شىء » (الأنعام / ١٥٩) . ويذهب الشاطبى فى تفسير هذه الآية ـــ وأنا أؤيد مايقول عنها فى موافقاته ـــ « أن كل مسألة حدثت فى الإسلام فاختلف الناس فيها ولم يورث خلافهم عداوة ولا بغضاء فهى من الإسلام . « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به » (الأحزاب / ٥) أما إذا أوجبت العداوة والتنافر والقطيعة فهى ليست من أمر الله والدين فى شىء » ـــ والحق أن هذا الشرح ـــ الذى يضع عندى قاعدة السلوك الدولى فيما بين الدول الإسلامية بعضها بالبعض الآخر ـــ له منطق التوفيق بين مدلول الآية السالفة فى وحدة الأمة الإسلامية ـــ ومدلول قوله تعالى « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » (البقرة / ٢٥١) .

لقد شاءت حكمة العلى القدير أن يتورع عباده فى حدود سياسية مختلفة « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة » (هود /١١) . وقد أوضح الحكيم الخبير بعض حكمته فى هذا التوريع فى قوله « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً ولينصرن الله من ينصره »(الحج/ ٤٠) . ولكن هذا التدافع هو للخير وليس للشر وقد أوضحه الكريم المتعال فى قوله « ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيما أتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون » (المائدة / ٤٨) .

فدل فى هذه الآية على أن قيام الوحدات السياسية فيه عمار الدنيا إذا كان لاستباق الخيرات وأن عالمية الإسلام هى أصلا عالمية مبادىء وأحكام وليست حتما عالمية سيادات وحكام .

وأما أن العلاقات العالمية ـــ أى مع الدول غير الإسلامية ـــ تقوم على التعايش فدليله قوله عز وجل « قل ياأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً » (آل عمران / ٦٤) . وإن عبادة الله وعدم الشرك به مؤداها احترام الأسس العامة التى تقوم عليها تلك العبادة فى معاملة الغير وتبعاً ضمان أن تتعايش تلك الدول مع الدولة الإسلامية فى سلام وأمان ، كما فعلت الحبشة فى عهد الرسول ﷺ وصدر الإسلام فالإسلام يسعى إلى إيجاد التوافق بين أصحاب الأديان والكتب السماوية فكانت الكلمة السواء نبراس تلك العلاقات . بيد أن الأمر هنا يتعلق بأهل الكتاب أى بالدول التى تقر بالأديان السماوية ولا تحارب أصحابها . فما القول بالنسبة للدول التى تقف موقفاً عدائياً من الأديان وتقاوم دعوة أصحابها وتنكل بأنصارها . إن الكلمة السواء ـــ أى التعايش السلمى ـــ تقوم على الاشتراك فى الأسس العامة لحضارة لها سمات من الإيمان بوحدانية الله ، وتبعاً فإن عدم توفر ذلك الشرط يسقط أثره فلا تلتزم الدولة الإسلامية بأن ترعى تعايشاً سلمياً مع تلك الدول . والتعايش لا يقتصر على الدول الكتابية المسيحية واليهودية فحسب ،

بل يتعدى إلى الدول التى تأخد حكم الكتابية مثل الزرادشتيه . ولعل الكلمة السواء تتضمن من المفاهيم ماتيكن شرحه بمقاصد الأمم المتحدة وهى حفظ السلم والأمن الدوليين وتطوير العلاقات الودية وتحقيق التعاون ـــ (م ١/١ : ٢/٢٥) . ومن سوابق التاريخ الإسلامى فى ذلك التعايش الإسلامى أن الدولة العباسية والدولة البيزنطية حكمتا معا معامدة بعض حزر البحر المتوسط . وهكذا نجد أن المفهوم الإسلامى للجماعة الدولية يبدو أكثر إنسانية إذا هو قورن بالمفهوم الرومانى الذي يقسم العالم إلى روماں وبرابرة ولا يعترف للبرابرة بحقوق ما إلا تحت المظلة الرومانية ، وهو كذلك أكثر ايجابية من المفهوم الأوروبى عدما تقوقع بعلاقاته على دول المسيحية وحدها فالدعوى إلى سبيل الله إنما تكون بالحكمة والموعظة الحسنة . « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذى أنزل إلينا وأنزل اليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون » (العنكبوت / ٤٦) ، وإذن فما هو الحكم بالنسبة للدول التى تنكر الأديان وتحارب العقائد السماوية ؟ إن الجواب على هذا السؤال يثير الجدل فقد يقال إن الدولة الإسلامية تستطيع أن تدخل فى علاقات سلمية مع تلك الفئة من الدول وأن تتعايش معها كما تتعايش مع الدول الكتابية لأن الإنسانية هى الحكم والإنسانية متوفرة لتلك الدول كما هى متوفرة لغيرها من الدول أخذاً بمفهوم إشارة القول الكريم « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وانثى » فالإشارة إلى الأصل الواحد تعبير عن الاشتراك فى مفهوم الإنسانية . وكذلك قوله عز وجل « كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم » (التوبة / ٧) . وقد نقول إن الشرك نجس وتبعاً فلا يجوز للدولة الإسلامية أن تدخل فى علاقات تعايش مع تلك الدول لأن الكلمة السواء أساسها ـــ كما قلت ـــ حد أدنى من الاشتراك فى المفاهيم القانونية وذلك لا يتوفر إلا بعقيدة التوحيد . والقول عندى هو الرأى الثانى فلا يجوز للدولة الإسلامية أن تعترف بوجود قانونى لتلك الدول فإن اضطرتها الظروف إلى التعامل معها فإن ذلك يكون على أسس واقعية وليست قانونية . لأن الآية التى

سبقتها بدأت بإثبات حقيقة وهى إنكار عهد الله ورسوله على المشركين وقد جاء فى الآية التالية « كيف وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاّ ولا ذمة » (التوبة /٨) .

فإذا مادخلت الدولة الإسلامية مع دولة غير اسلامية فى علاقات تعايش ثم نكصت الدولة المخالفة على عقبيها وقلت للدول الإسلامية ظهر المجن ، فماذا يكون موقف الدولة الإسلامية عندئذ ؟ الرأى عندى أن أبسط ماتفعله الدولة الإسلامية هو قطع علاقاتها مع تلك الدولة وهذا هو أبسط الإيمان تطبيقاً للحديث الشريف « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان » ، فإن خشيت منها خيانة — وكانت لدى الدولة الإسلامية القدرة والإمكانية — وجب أن تنبذ إليها على سواء « فإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء » (الأنفال / ٦٨) . وذلك هو الحكم الذى يجب على الدولة الإسلامية أن تسلكه حيال الدول التى لا ترعى إلاّ ولا ذمة فى أقليتها المسلمة كالفلبين مثلا .

فإذا نظرت إلى الموضوع من زاوية أوسع وتساءلت عن عضوية الدولة الإسلامية فى حركة كحركة عدم الانحياز أجد أن هذه حركة سياسية فى غالبها فهى تقوم على تجمع تربطه المصالح لاستنقاذ أعضائها من غطرسة الدول الرابية وتوفير مزيد من الإمكانية للدول الصغرى كى تلعب دوراً أكثر فعالية على المسرح العالمى . وفى حدود هذا الفهم لا أرى غضاضة فى أن تنضم الدول الإسلامية بظروفها الراهنة إلى تلك الحركة وهذه صورة للتعاون .

ومعنى ذلك أن علاقة الدول الإسلامية بالدول غير الإسلامية تقوم على مبدأ عدم الاعتداء وتحريم استخدام القوة لأن التعايش السلمى لا يعنى الامتناع عن الحرب فحسب بل ايضاً التعايش فى ظروف سلمية أى أن نعطى مالقيصر لقيصر ومالله لله ، وفى عبارة موجزة « عش ودع غيرك يعيش » . وماأقرب هذه الصورة من التصور التقليدى للعلاقات الدولية فى بدايات القانون الدولى المعاصر . بيد أن هذا لا يعنى أن تقف الدولة الإسلامية موقفاً سلبياً من الدول

غير الإسلامية وإنما يعنى أن إيجابية العلاقات تقوم أصلاً على مدرك السلام . ذلك أن الحياة الدولية تتطلب أن تُطور الدولة الإسلامية ــ حسبما تقتضيه مصلحتها ــ بعض العلاقات كالعلاقات التجارية والثقافية وعبر ذلك من العلاقات التى تربط بين الناس خارج بنيانهم الاجتماعى والسياسى لدولهم شأن ماكان حاصلاً بين الدول ــ كما قلت ــ منذ نيف وقرنين من الزمان . ولعل الفارق الوحيد هنا بين النظرية الإسلامية والنظرية المعاصرة هو فى تعريف العدوان ، ذلك أن العدوان على النشاط الثقافى الدينى يدخل فى النظرية الإسلامية ضمن مدرك العدوان الذى يبرر اتخاذ الإجراءات التى تتطلبها مقتضيات الدفاع الشرعى وتلك مسألة لا تهاون فيها . « يأيها النبى جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم » (التوبة /٧٣) . ولذا فإن للدفاع الشرعى ــ بهذا المفهوم ــ معنى قد يختلف فى بعض مناحيه عن مدرك الدفاع الشرعى فى القانون الدولى المعاصر .

وإذن فعلاقة الدولة الإسلامية بأى من دول دار المخالفين تتوقف على سياسة تلك الدولة من الدول الإسلامية . وتلك لعمر الحق بديهية من بديهيات السياسة الدولية فإن هى نهجت منهج الموادعة والمسالمة كان حكمها هو ماقررت الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وعندئذ لا يطلب من المسلمين أن يمارسوا إكراها على هؤلاء لأن الإقساط لهم يتنافى مع الإكراه .

ولكن لنا أن نتساءل هل يدخل فى تلك الضرورة أن يفتح باب العضوية فى المؤتمر الإسلامى لدول غير إسلامية أو أن يسهم فى قمته رؤساء غير مسلمين . أم أن ذلك يمتنع لأنه يدخل فى حكم قوله تعالى « لا تتخذوا بطانة من دونكم » (آل عمران / ١١٨) .

وإذا كانت الأوضاع الدولية الراهنة قد فرضت على الدول الإسلامية أن تسلك سبيلاً غير سبيل المؤمنين فذلك استثناء عارض ومحظور تبيحه الضرورة

« قل لو آمن أهل القرى لفتحنا عليهم بركات من السماء والأرض » (الاعراف / ٩٦) « وماكان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون » (هود / ١١٧) .

٢ — جوهر القاعدة القانونية الإسلامية :

تتعدد المدارس فى توضيح جوهر القاعدة القانونية وبيان أساس القوة الإلزامية للقاعدة ولذا استملح جمع هذه المدارس — من قبيل الإيجاز غير المخل — فى قسمين : مدارس المصدر الطبيعى ، ومدارس المصدر الوضعى . وأود ألا يختلط الامر على القارىء فيحسب أننى اقصد بمدارس المصدر الطبيعى مدارس القانون الطبيعى ، ومدارس المصدر الوضعى مدارس القانون الوضعى ، ذلك أننى اضع تحت المدارس الأولى كافة الأفكار التى تتخذ من غير الارادة مصدراً ولذا أدخل فيها مثلاً المدرسة الاجتماعية أما المدارس الوضعية فأدرج تحتها كافة النظريات الوضعية ولذا فهى تضم فى مفهومى مدرسة كالمدرسة التساوية .

إن النظرية الطبيعية ترى أن العقل هو أداة التعرف على القانون ومصدر العقل فى استيحاء القانون — فى نظر اصحاب الأفكار اللاهوتية من آباء الفقه الدولى — هو الوحى الإلهى ، وعند أصحاب الأفكار العلمانية من المتأخرين هى الفطرة . أما النظرة الوضعية فتستمد قواعدها من التجربة البشرية والخبرة التاريخية والممارسات العملية . والحق أن المدرستين تتداخلان فالعقل فى كليهما وسيط الطبيعة ووسيط التجربة .

فإذا عرضنا الأمر على النظرية الإسلامية نجد أن اساس القوة الإلزامية للقاعدة القانونية هى الارادة الالهية كما تشخصت فى القرآن الكريم وصحيح الحديث . وإذن فليست إرادة البشر أو الدول هى جوهر القاعدة القانونية ومصدرها الخلاق وإنما هى الارادة الإلهية الشارعة . وعلى هدى من هذا فإن النظرية الإسلامية تدخل فى مدارس القانون الطبيعى . ولكن ماهو دور العقل — حسب النظرية الإسلامية — فى استيحاء تلك القواعد وقد جاءت بها

آيات القرآن ونصوص الأحاديث . ولما كان هذا البحث لابد أن يستشف افكاراً فلسفية ليست فى ذاتها من اختصاص الفقيه القانونى ولكنه لا يستغنى عنها لأنها هى الضوابط الأساسية التى تشكل نزعة الباحث والمنطلق الذى يلتمس ضوءه من عل لإنارة الطريق ، فإننى أنود هنا ايضاً مما قاله فلاسفة المسلمين فى إيجاز بالغ يغنى القارىء من الضياع فى متاهات فلسفية تجاوز هوايته الثانوية . ذلك أن التطابق ليس تاماً بين الفكر الغربى والفكر الإسلامى فى نطاق مفهوم القانون الطبيعى ، ففقهاء القانون الطبيعى يتصورون القانون على أنه كامن فى طبيعة الأشياء ، فى الكون وفى طبيعة العقل البشرى وحقوق الإنسان الاساسية . ويرون أن العقل البشرى يمكن أن يستنبطه ـــ أو الجزء الأعلى منه ـــ بوصف أن العقل قادر على تحديد الخطوط العريضة ـــ على الأقل ـــ للعدالة الطبيعية . وهذه افكار ترفضها النظرية الإسلامية التقليدية ، إذ أن جمهور الفقهاء لا يعتبر العقل اصلاً من أصول التشريع ولكن من فلاسفة المسلمين من يقترب منها أو يماثلها .

فالاشعرية ينكرون على العقل البشرى ـــ منفصلاً عن الوحى الإلهى ـــ أن يميز صفة الخير فى التصرف الإنسانى لأن الخير والشر يحددهما الأمر والنهى . فعندهم أن الله لا يأمر بالفعل لانه حسن وينهى عنه لأنه سيء بل إن العقل يعتبر الأمر حسنا إذا أمر الله به ويعتبره سيئاً إذا نهى الله عنه ، فالله هو خالق الأشياء بما فيها من حسن وقبح .

ويقول المعتزلة بغير هذا فهم يرون أن الحسن والقبح صفتان ذاتيتان لبعض الاشياء وإن اشياء اخرى تتردد بين النفع والضرر والخير والشر فالاشياء فى رأيهم ثلاثة أقسام : اشياء حسنة فى ذاتها لايجوز إلا أن يأمر الله بها واشياء قبيحة فى ذاتها وهذه لا يجوز أن يأمر الله بها . واشياء تتردد بين القبيح والحسن وهذا القسم يجوز الأمر به أو النهى عنه . فإن أمر به فهو حسن وإن نهى عنه فهو قبيح للنهى . وأساس رأى المعتزلة ـــ كما هو ظاهر ـــ فرض الحسن الذاتى والقبح الذاتى فى الامور ، وأن الحسن لذاته يكلف الشخص القيام به . وإن لم

يعلم من الشرع : والقبيح لذاته يكلف الشخص أن يتجنبه ولو كان لا يعلم نهى الشارع عنه .

ويرى الماتريدية وكذلك الحنفية أن للاشياء حسناً ذاتياً وقبحاً ذاتياً ويقسمون الأشياء من حيث الحسن والقبح كما قسمها المعتزلة . بيد أنهم يختلفون بعد ذلك عنهم . فالحنفية يرون أنه لا تكليف ولا ثواب بحكم العقل المجرد ، بل إن الأمر فى التكليف والثواب والعقاب إلى النص وإلى الحمل على النص . فليس للعقل المجرد أن ينفرد بتقرير الاحكام فى غير موضع النص وبل لابد أن يرجع إلى النص أو يحمل عليه بأى طريق من طرق الحمل ، أو بعبارة أخرى ليس العقل من مصادر التكليف .

ولقد ذهب الشيعة من علماء المسلمين إلى أن العقل مصدر فقهى فيما لم يرد به كتاب ولا سنة . على انهم يعرفون السنة بمعنى أوسع ، ولكن العقل يعتبر مصدراً من مصادر الفقه الإسلامى عند الامامية على أساس من الشرع ، فبإذن منه جعل لهم الحق فى الأخذ بما يشير إليه العقل (حامد سلطان — أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢) .

وشبيه بما قدمت مذهب العقليين Rationalists الذى ساد اوروبا فى عصر النهضة وتكاد تكون نظرية كراب فى « الإحساس بالحق Sense of right » ترجمة صادقة لرأى المعتزلة . فعند كراب أن اساس الالزام ليس قوة خارجية وإنما هو قوة داخلية تلك هى غريزة الإحساس بالحق . إن كراب لا يقصد بهذا الارادة الشارعة الإلهية — وهى الإرادة الشارعة فيما يتعلق بالأصول — ولكنه يقصد الإرادة الشارعة السلطانية فهى إرادة ثانوية ودورها يتعلق بالفروع .

ومن ثم فإن تحليل جوهر القاعدة القانونية الدولية الإسلامية يكشف عما يكشف عنه تحليلها فى المفهوم المعاصر وهو تداخل اتجاهات المدارس الفلسفية المختلفة بحيث يصعب على الباحث أن يدعى لنفسه اتجاهاً بعينه فهو لا بد دائر بين كافة الافكار . بيد أن تبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود — أى التفرقة

بين قواعد القانون الطبيعى الإلهى والقانون الوضعى البشرى ــ أمر أكثر يسراً فى النظرية الإسلامية وأظهر حداً فى المفاهيم الإسلامية منه فى القانون الدولى المعاصر . وذلك يتضح بجلاء فى التفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها من القواعد فى كل من النظرتين الإسلامية والزمنية .

لقد استنبط البعض من هذا أن قانون السلام فى الإسلام قانون سُنّة ذات سمة دينية (وخير تعريب فيما أرى لتعبير natural law هو قانون السنن أو قانون الفطرة . ولذا فإنى أستطيع أن استخدام مصطلح السنة بدلاً من القانون الطبيعى) . إنه نظام يسبق قيام الدولة الإسلامية ولا تسبقه ويهيمن على الجماعة الإسلامية ولا تهيمن عليه .

وعندى أن هذا القول يحتاج إلى توضيح ، ذلك أن جل الأحكام فى النظرية الإسلامية جاءت ضمن الآيات المدنية وفى قول آخر فإن نزول آيات لتلك الأحكام عاصر إن لم يكن قد تلى قيام دولة المدينة وكان نزولها محماً لتعالج الأحداث . ومن هنا استبعد القول بأن النظام القانونى الإسلامى يسبقه وجود الدولة الإسلامية . إن القانون الإسلامى يتشخص فى المبادىء العامة للشريعة التى هى فى متناول أى باحث . ثم إن عبر التاريخ وسوابقه وحاجات الجماعة الإسلامية شكلت إلى حد بعيد أحكام القانون الأمر الذى توضحه أسباب نزول الآيات وصدور الحديث . وهكذا فإن النظرية الإسلامية تقدم مزيجاً طريفاً من العناصر التاريخية والاجتماعية والسماوية . بيد أن آمال الجماعة الإسلامية لم تكن هى وحدها العامل الحاسم فى صياغة القانون فهى تؤخذ بعين الاعتبار فى اطار النسق السماوى الذى نزل من لدن الحكيم العليم . والحق أن الإسلام كأداة اجتماعية إنما يسعى لتحقيق أمن ورفاهية الجماعة . وينقسم القانون فى الإسلام إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة . وتلك التقسمة هى التى تشرح لنا التوازن بين أحكام النظام العام المستمدة من القانون الإلهى الطبيعى أو الفطرى ــ حيث لا أرادة للدولة الإسلامية ــ وبين الأحكام الأخرى التى يمكن أن تقيمها الدولة الإسلامية لمواجهة حاجاتها المتطورة أو المتجددة .

وتتجه الفلسفة الحديثة ــ لا سيما فى الهند ــ إلى مناقشة العقل والطبيعة . وينسب إلى محمد إقبال ــ الفيلسوف الهندى ــ أنه يصف الطبيعة بأنها شيء ليس منفصلاً عن الله ولكنه تصرف الله « إن النفس العليا ــ فى لغة القرآن ــ يمكنها أن تستغنى عن جميع العوالم فما نسميه الطبيعة أو ماسوى النفس ــ ليس إلا لحظة طارئة فى حياة الله » (فضل الرحمن ــ الفلسفة الإسلامية الحديثة ، ص ٩٠ ، مقال منشور فى الثقافة الإسلامية والحياة المعاصرة ، جمع ومراجعة وتقديم محمد خلف الله ــ القاهرة ، ١٩٥٥) .

إن العقل هو الحجى والنهى ضد الحمق ورجل عاقل هو الجامع لأمره لأنه العقل المتثبت فى الأمور (ابن منظور : لسان العرب ج ١١ ص ٤٥٨) . ودليل العقل وقع فيه خلاف إذ نفاه البعض وأثبته الآخرون . وقد ذكرت بعضاً من حجج المثبتين ولا أريد أن أخوض فى أدلة من نفوه والتى تدور حول اتباع الرأى والقياس لأن ذلك هو الذى أوقع التهارج والخلاف بين المسلمين وهى كلها بادية الضعف يأباها المنطق وتتجافاها الفطرة السليمة .

والحق إن للعقل ــ بغض النظر عن العنصر القياسى ــ دورا لا يمكن إنكاره فى النظرية الإسلامية فالنظرية الإسلامية تجعل من العقل حكما فى فهم الأحكام ، كما هو فى العقيدة . يقول عز وجل « ومثل الذين كفروا كمثل الذى ينعق بما لا يسمع إلا دعاء ونداء صم بكم عمى فهم لا يعقلون » (البقرة / ١٧١) . ويقول الشيخ محمد عبده فى تفسير هذه الآية « إن الآية صريحة فى أن التقليد بغير عقل ولا هداية هو شأن الكافرين وأن المرء لا يكون مؤمنا إلا إذا عقل والعمل ولو صالحاً بغير فكر هو غير مؤمن فليس القصد من الإيمان أن يذلل الإنسان للخير كما يذلل الحيوان بل القصد منه أن يرتقى عقله وترتقى نفسه بعمل الخير لأنه يفقه أن الخير النافع المرضى لله ويترك الشر لأنه يفهم سوء عاقبته بدرجة مضرته ... « وهديناه النجدين » (البلد / ١٠) .

« فالعقل قوة يتميز بها الإنسان عن غيره من سائر المخلوقات على هذه الأرض وهو بذلك يرتبط بإدراك وفهم الأصول الإسلامية . إن للإنسان حرية

كبرى فى تفهم ماحوله من قوانين الحياة ذلك أن الافعال الإنسانية مختارة فيما أمرت به ، وكما يشهد سليم العقل والحواس من نفسه أنه موجود ولا يحتاج فى ذلك إلى دليل يهديه ولا لعلم يرشده ، كذلك يشهد أنه مدرك لأعماله الاختيارية يزن نتائجها بعقله ويقدرها بإرادته » (محمد عبده — رسالة التوحيد فى محمد عمارة : الأعمال الكاملة للإمام محمد عبده / طبعة بيروت سنة ١٩٧٢) . واللجوء إلى العقل ينطلق من حقيقة أنه قمة متطورة ومن ثم فليس صحيحاً أن نتخذ من تفكير ساد فى عصر ما أساساً لتقييد التفكير فى عصر لاحق له . وتبعاً فلا ضرورة هناك لأن يقف عقل المعاصرين عندما قال به عقل من سبقوهم . ولذلك فقد أعطى عمل العقل وصفاً آخر فسمى اجتهاداً . جاء فى الكتاب العزيز « كذلك نفصل الآيات لقوم يعقلون » (الروم / ٢٨) وأريد ذلك ايضاحاً عند الكلام على الاجتهاد الفقهى .

بيد أن إضفاء تلك الاهمية على العقل لا تعنى أنه متحرر من القيود ينطلق بلا حدود وإلا اتجه إلى الشطط وبعد عن الحقيقة . لقد جاء الأنبياء لإتمام مراحل التطور الاجتماعى والفكرى البشرى ، فبهم تستقيم أحوال البشر ويتهذب الوجدان . ومن ثم فإن العقل والتفكير البشرى قاصران عن تحقيق السعادة للإنسان ومن هنا وجب استكمال تلك السعادة بتقوية الوجدان أى الوازع والضمير . وتبعاً فإن الوحى لا يتعارض مع العقل فالعقل بقوانينه يستطيع أن يثبت حقيقة النبوة وبذا يؤمن بكل ماجاء فى القرآن وبأنه احتوى على رسالة إلهية .. وإذن فيمكن أن نقول مع الشيخ محمد عبده — إن هناك منطقتين : منطقة يعمل فيها العقل بغير حدود ومنطقة تخضع فيها تصورات المرء للمبادىء والأسس الإلهية « فالإسلام جاء ليطلق سلطان العقل من كل قيوده ويعمل فى مملكته بحكمته مع الخضوع فى ذلك لله وحده ... والوقوف عند شريعته » . (محمد عبده — المرجع السابق — ج ٣ — ص ٤٢٦) .

إننا إذا أنعمنا النظر فيما سلف نجد أن العقل كان أداة مدارس المصدر الطبيعى للتعرف على القانون وكانت الارادة أداة مدارس المصدر الوضعى فى

وضع قواعد القانون . والعقل والإرادة — فى الفكر القانونى — وجهان لعملة واحدة . ولذا فإن الفرق فى الحقيقة بين النزعتين فارق فى التعبير والتفصيل دون الجوهر والتعليل لأن الحقيقة التى يشترك فيها الاتجاهان هى أن العقل هو أداة تحديد القواعد . والعقل فى النزعتين إنما يخضع لمؤثرات خارجية عنه ينفعل بها ويصهرها فى بوتقته ليخرج من ذلك بفكرة ماهية القاعدة القانونية . والحق أن التدبر المتعمق لفلسفة القانون فى جوهر قاعدته ينتهى إلى أن المدارس المختلفة فى جوهر القاعدة القانونية يجب أن تنصهر فى فلسفة واحدة . ذلك أن مدارس المصدر الوضعى تنظر إلى الأمور من جوانبها ولا تعالجها فى جوهرها فهى تستطيع مثلاً أن تقول إن كل عبرة فى التاريخ تشكل قاعدة قانونية أو أن كل ضرورة اجتماعية تخلق حتماً ملزماً . ولكن الذى يختار العبر وينتقى الفكر هو العقل . والعقل — سواء انبعث عن الطبيعة أم عن وحى — إنما يصدر عن توجيه إلهى لأن الطبيعة ليست إلا قدرة من قدرات الله . ومن ثم فإن التحليل الصادق ينتهى إلى أن العقل الإلهى هو جوهر القاعدة القانونية ومصدر إلزامها .

ولذا فإننى وإن كنت قلت إن جوهر القاعدة القانونية الدولية فى النظرية الإسلامية هو قانون السنة أى ارادة الله التى يستمدها العقل من القرآن والحديث بفطرة الله التى فطر الناس عليها إلا أن النظرية الإسلامية تتسع للنظرية الوضعية كذلك بل إنها مدرسة طبيعية ووضعية إن نحن أخذنا بالتعبيرات المعاصرة وذلك على أساس ماأسلفت من أن العقل — أى الاجتهاد — أساس مشترك فى كافة المدارس التى تناقش جوهر القاعدة القانونية . وإذن فالاجتهاد يمثل نطاق المدارس الوضعية فى النظرية الإسلامية كما يمثل فى الوقت ذاته نطاق المدارس الوضعية فى تلك النظرية . وأهم صور الاجتهاد إذا نظرنا إلى جوهر القاعدة الإسلامية نظرة وضعية هى الإرادة الشارعة التى يملكها ولى الامر — أى الدولة — فيما يتعلق بالقواعد التفسيرية فى الأحكام الإسلامية ، ذلك أن لولى الأمر — بوصفه ممثلاً للجماعة الإسلامية التى يتولى أمرها — أن يشرع فى نطاق تلك القواعد الفرعية مقيداً فى

ذلك بالقواعد الأصلية والأحكام الآمرة التى شرعتها الإرادة الشارعة الإلهية .
وولى الأمر فى اجتهاده ـ أى فى ممارسته لإرادته القانونية الشارعة إنما يستمد
أدواته فى التشريع ـ أى فى الاجتهاد فى التعرف على الأحكام من مصادرها ـ
من وسائط وضعية على نحو ماأوضح فى الكلام عن الاجتهاد وضوابطه .

وانتهى مما سلف إلى أن المصدر الخلاق للقاعدة القانونية الدولية فى النظرية
الإسلامية هى الإرادة الإلهية ـ أى نظرة مدارس السنن أو الفطرة ، وذلك فى
الأحكام الثابتة ، وإرادة المجتهد ـ أى نظرة المذهب الموضوعى ـ فيما
يستنبطه من تفسير أو يقره من أعراف خارج نطاق القواعد الآمرة أو الملزمة .
ومن ثم فإن للدولة الإسلامية إرادة شارعة ولكنى أسميها بالارادة المستمدة
أو الثانوية لأن الإرادة الأصلية هى الإرادة الإلهية وهى إرادة شارعة مستمدة
تعمل فى إطار ماهو مستحب أو مباح .

إن هذا القول يزكيه تصنيف النظرية الإسلامية لتصرفات الإنسان فهى
تقسم تلك التصرفات إلى خمسة :

(١) واجبة أى الزامية . (٢) مستحبة وليست ملزمة .
(٣) مباحة فلا حرج من فعلها ولا ضير من تجنبها .
(٤) مكروهة . (٥) محرمة .

واستطيع ـ على هدى من هذا التصنيف ـ أن أقول إن النظرة الوضعية
يمكن أن تجد لها مكانا فى نطاق ماهو مستحب وماهو مباح . أما المكروه فهو
بين بين . أما الواجبة والملزمة فتمثل دائرة النظام العام . والحق أن فكرة النظام
العام ـ التى تتسم بالغموض فى الفكر الغربى ـ يبدو منطقها أكثر وضوحاً
فى النظرية الإسلامية من حيث أن السيادة العليا تكمن فى القدرة الإلهية .
إذن فالأصول ثابتة تهيمن على الدولة أما الفروع فهى متغيرة تهيمن عليها
الدولة ، ولذا أستطيع أن اقول إن القواعد والأحكام المتعلقة بالفروع هى أقرب
ماتكون إلى القواعد والاحكام الوضعية المفسرة أو المكملة . ومن ثم فإن القول
بأن جوهر القاعدة الإسلامية هو القانون الطبيعى الإلهى (أى قانون الفطرة)
لايمنع من القول بأن النظرية الإسلامية ـ تأخذ فيما يتعلق بالأحكام
الفرعية ـ بما يقارب النظرة الوضعية .

الفصـل الرابـع
فـى
أصول قانون السلام الإسلامى

مبحـث تمهيـدى
كلمة أولية : تحديد وتعريف

أصل الشيء لغة هو مابنى عليه الشيء ومنشؤه الذى بنيت فيه والأصل كرم النسب والأصل فيما ينسخ ومنه أصل وأصول الكتاب .

والمراد به اصطلاحاً ــ أى عند علماء الأصول ــ الدليل . ولما كان الفقه عند هؤلاء العلماء إنما ينى على الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد فقد اعتبروا تلك المبانى الأربعة هى أصول الفقه بمعنى أنها هى أدلة الفقه .

ولكنى أرى أن فى هذا المفهوم خلطا لايستقيم معه حسن عرض المفاهيم ولا يتسق مع الدقة فى رسم طريق قويم لفكر سليم . إننى اضع القرآن والسنة فى مرتبة وحدهما ولا أسوى بينهما وبين الفقه لأنهما يعلوان على الفقه ويمدانه بمادة اجتهاده كما أننى لا أرى أن الاجماع أصل مستقل من أصول الشريعة حسبما أوضح فى حينه . ولذا فإننى استخدم مصطلح الأصول فى معنى شامل يجمع بين القرآن والسنة وفقه القرآن والسنة وأسانيد التفقه فى القرآن والسنة ولا أعادله بمصطلح الدليل ، ذلك أننى لا أعتبرها كلها فئة واحدة متناظرة ولا أنظر إليها جميعاً على أنها أدلة وإنما أضع القرآن والسنة فى مرتبة الصدارة واعتبر الفقه دليلاً على مايحتويه المصدران من أحكام ، ــ وأما مايسلكه الفقه فى التوصل إلى الاحكام كالقياس والاستحسان ــ فهى أسانيد الفقه وضوابطه ومن ثم فإنى اتناول فى مبحث الأصول الكلام عن موضوعات ثلاثة . مصدر قانون السلام الإسلامى وأدلة أحكامه وأسانيد تلك الاحكام . ولعلنى الآن

ـــ كي أحسن عرض فكرتي ـــ في حاجة إلى أن أعرج بكلمة عن مقصود كل من المدلولات الثلاثة للاصطلاح العام « الأصل » في مذهبي

المصدر والدليل والسند :

يخلط الكثيرون بين لفظي « مصدر » و « دليل » ويحسبون أن اللفظين يحل أحدهما محل الآخر وهذا في نظري خلط بين المعنى اللغوي والمعنى الفني للفظين ، ففي الاستخدام اللغوي قد نطلق لفظة مصدر ونعني بها القدرة الخلاقة كقولنا إن الله هو مصدر الحياة أي خالق الحياة . وقد نعني بها الدليل المثبت كقولنا إن القلب هو مصدر الحياة أي أنه مابقي القلب نابضاً فإن هناك حياة ولكن لكل من اللفظين عندي في الدراسة القانونية معنى اصطلاحياً مستقلاً يختلف عن المعنى الآخر ، فإني اطلق « المصدر » على القدرة الخلاقة أي الارادة الشارعة وأطلق « الدليل » على وسيلة الاثبات أي واسطة التحقق من صدور الإرادة الشارعة . وقد تبسط البعض في التعبير عن ذلك التغاير فاستبقوا لفظة « مصدر » ولكنهم اضافوا إليها اوصافاً تحدد المعنى المقصود فالمصدر الخلاق عندهم « مصدر موضوعي » ودليل الإثبات « مصدر شكلي » . بيد أني أرى أن ذلك يعكس إفلاساً في التعبير ويضفي غموضاً على التفسير ولذا فإن عرضي أدق تحديداً وأوضح بياناً . والحق أنني آخذ على دراسات علم الاصول عدم نقائها أحيانا فيما تصعيه من مفاهيم على بعض المصطلحات الأمر الذي ينجم عنه غموض في مدلولات تلك المفاهيم .

أما السند فهو الضابط الذي ينضبط به الدليل كي يتعرف على الحكم المبحوث عنه ، والمثل يوضح ماأقول : لو أن أمامنا نصاً في القرآن وأردنا أن نتفهم حكمه فإن النص هو مصدر الحكم ، والاجتهاد دليله ، والقياس وغير ذلك من الطرائق المماثله هي سند مانصل إليه من حكم .

والحق أن جمهرة علماء الأصول يمزجون بين الدليل والسند فبعضهم ـــ كالشافعي ـــ يتطلب في المجتهد معرفة القياس في حين أن معرفة القياس ـــ فيما أرى ـــ ليست شرطاً لتوفر مرتبة الاجتهاد وإنما هي وسيلة يسلكها المجتهد كي

يصل إلى فتواه . والبعض الآخر يذكر اسانيد الحكم الأخرى ــ مثل الاستحسان والمصلحة ــ كبدائل للاجتهاد أو قرائن له . والقول عندى فيها أنها ليست بدائل للاجتهاد ولا قرائن له ولكنها أدوات الاجتهاد التى يستند إليها المجتهد فى الوصول إلى ماينتهى إليه فالمجتهد يتوصل إلى فقهه عن طريق استخدام القياس أو الاستحسان أو تحرى المصلحة ، الخ .

ذلك أن المجتهد ــ كما قال الغزالى ــ هو المستثمر الذى يحكم فطنته ، أما الأحكام فهى الثمرات (الغزالى ــ المستصفى ــ ١/ ٨) .

والاجتهاد ملكة تحصيل الحجج فهو صفة فى المجتهد ، أما طرائق جنى الثمرات أو ضوابط ممارسة الملكة فهى أسانيد المجتهد التى يتوسل بها للوصول إلى حكمه ، والمثل يقرب ماأقول ذلك أن الفنى يملك ملكة هى التى تتجسد فتأتى صورة مثلا ولكنه لا يستطيع أن يصور صورته إلا بوسائط معينة هى الفرشاة والزيوت والقماش . وهذا أيضا هو مثل الاجتهاد ، فالاجتهاد ملكة ولكنها لا تمارس بالهوى وإنما طبقاً لضوابط منهجية معينة أى أن الاجتهاد بمثابة شهادة على الحكم وهى شهادة لها ثقلها لأن صاحبها ــ وهو المجتهد ــ تتوفر فيه شروط تطمئن إلى قبول الشهادة ولكنه لا يستطيع أن يدلى بشهادته إلا بأسلوب معين يستند إليه فى الإقناع بأنه يسلك وسائط سليمة ولذا فإننا نسأل عن الفتوى ونسأل عن صاحبها ونسأل عن مصدرها ونسأل عن الضوابط التى انتهجها وبذلك نحكم عليها .

وبديهى بعد هذه المقدمة أن أتناول الفروع الثلاثة التى تنطوى تحت مسمى « الأصول » وهى : المصادر (القرآن والحديث) والأدلة (الاجتهاد) والأسانيد (القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع) ــ بشرح توضيحى .

المبحث الأول
فى
مصادر قانون السلام

تحديد معنى المصطلحات :

لقد كانت مصادر قانون السلام فى حياة الرسول هى الإرادة الالهية التى يبينها الله للناس عن طريق رسوله مما يتلوه الرسول ﷺ من قرآن كريم وما يتلوه من حديث شريف « وماكان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى بإذنه مايشاء » (الشورى / ٥١) .

وإذن فالقرآن والحديث هما المصدران الوحيدان . وقد بين القرآن الكريم — مما لا يحتاج إلى مزيد بيان — أن الحديث له حجية المصدر بالنسبة للشريعة الإسلامية الغراء ، على نحو ماسنبين بعد قليل . ولكن جمهور الفقهاء يضيفون إلى هذين المصدرين مصدراً ثالثاً هو الإجماع ، ولذا فإن مصادر قانون السلام عندهم هو القرآن والسنة والإجماع . والحق أن إيراد الإجماع مع القرآن والسنة من حيث الحجية — حتى ولو وضع الإجماع فى مرتبة تالية للقرآن والسنة — أمر يدعو إلى التفكير إذ كيف يمكن أن نجمع الإرادة البشرية مع الإرادة الإلهية فى تصنيف واحد حتى ولو كان ذلك على ترتيب تنازلى . ولذا فإنى أرفض — إذا كان المقصود بالمصدر هو الإرادة الخلاقة — أن يكون الإجماع مصدراً لقانون السلام . وأناقش ذلك تفصيلاً بعد أن اعرض للمصدرين الأصليين : القرآن والسنة ، بكلمة تنحصر فى علاقة المصدرين الكريمين بدراستى القانونية لأن الكلام عنهما مطلقاً تضيق عند الأسفار وتقصر دونه الأبحاث . بيد أننى أحب أن أمهد لذلك بعجالة عن علاقة الحديث الشريف بالقرآن من حيث الحجية وأرجىء عرض فكرة النسخ فى القرآن والحديث إلى حين الكلام عن سمات القرآن الكريم .

القرآن والسنة مصدران متعادلان من حيث الحجية :

أحب قبل ان اتناول كلا من المصدرين بالمناقشة أن أجيب على سؤال يطرح ذاته فى البداية : هل القرآن والسنة مصدران على المستوى ذاته بمعنى أن كلا منهما يكمل الآخر ويفسره . يقول الشافعى بأن « السنة لا ناسخة للكتاب وإنما هى تبع للكتاب » . وحجة الشافعى هى قوله تعالى « وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا إئت بقرآن غير هذا أو بدله قل مايكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى إن اتبع إلا مايوحى إلى إنى أخاف إن عصيت ربى عذاب يوم عظيم»(يونس / ١٥) . ورأى الشافعى ينطلق من رغبته فى استبعاد الموازنة بين قول العبد ، لو كان العبد رسولاً وقول الله (رفيق العجم — الأصول الإسلامية — المرجع السابق ، ص ٩٤ — ٩٥) .

ورأى الغزالى أن السنة حجة لدلالة المعجزة على صدقه ﷺ « ولأمر الله تعالى إيانا باتباعه ولأنه لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى وقول رسول الله ﷺ على من سمعه شفاها فأما نحن فلا يبلغنا قوله إلا على لسان المخبرين إما على سبيل التواتر وإما بطريق الآحاد » (الغزالى — المستصفى من علم الأصول ، ج ١ ص ، ١٢٩) .

والقول عندى أن الحديث إذا صح فهو حجة على مستوى القرآن لأن كليهما صادر عن الديان . فكلام الله واحد « وليس له كلامان أحدهما قرآن والآخر ليس بقرآن وإنما الاختلاف فى العبارات فربما دل على كلامه بلفظ منظوم يأمرنا بتلاوته فيسمى قرآنا وربما دل بغير لفظ يتلى فيسمى سنة والكل مسموع من الرسول عليه السلام ... » (الغزالى — المستصفى — ج ١ ، ص ١٢٤ — ١٢٥) فقد تولى القرآن الكريم فى حياة الرسول تنقية الحديث مما قد يخالف أحكام الله وصحح مارآه فى حاجة إلى تصحيح ، كما جاء مثلا فى فتوى الظهار — وتبعا فلم نترك لمتقول أن يدعى أن الحديث بعد وفاة الرسول وانقطاع الوحى يمكن أن يكون فيما أتى من أحكام أقل إلزاما . ومن ثم فإن الحديث ليس كما يقول البعض مصدراً يلى القرآن وإنما هو والقرآن مصدران

متساويان والفرق بينهما فى الإثبات فالقرآن وبحفظ الله لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه أما الحديث مما دخل عليه من زيف يحتاج إلى فحص وتمحيص فإن ثبت وتأيد فهو حكم الله من فوق سبع سماوات . وإلا فكيف يكون هناك ترتيب تنازلى بين مايصدر عن الإرادة الشارعة الواحدة إلا إذا حددت هى هذا الترتيب وهو مالم يأمرنا به الله بل إن النصوص تزكى المساواة ، ولكن بعض الوحى يتلى فيكون كتابا وبعضه لايتلى فيكون سنة .

وقد ساءلت نفسى كثيراً لماذا أراد الله تبليغ شريعته فى صورتين : القرآن والحديث . ولماذا لم يوحد الصورة مادام أن القرآن والحديث كليهما بوحى من الله . إن الجواب الشائع هو أن السنة تكمل القرآن ولكنه جواب غير شاف لأن كليهما يصدر عن وحى إلهى والمنطق أن يكون للتنويع مبرراً . والجواب عندى هو أن الأحكام التى ورد بها الحديث نوعان : وحى إلهى واجتهاد . إن تقسمة الحديث إلى حديث عن وحى وحديث عن اجتهاد مسألة تعرض لها الشافعى فى سياق قضية لعان عويمر لزوجته فقال إن الرسول انتظر الوحى فى ذلك حتى نزلت آيات اللعان فلاعن بينهما كما أمر تعالى فى اللعان ثم فرق بينهما فألحق الولد بالمرأة ونفاه عن الأب وقال له : لا سبيل لك عليها ولم يَرُد الصداق على الزوج فكانت هذه أحكاما وجبت باللعان ليست اللعان بعينه : بيد أن الشافعى لم يقطع فى هذه القضية برأى حاسم ، ولعل عذره فى ذلك هو عدم الجدوى العملية فى نظره لأن الحديث النبوى واجب الإتباع سواء كان وحياً أم اجتهاداً . ومن الفقهاء من قال بأن سنة رسول الله وحى أو بيان عن وحى .

ولكن القضية عندى واضحة فالحديث قد يكون وحياً « وعلمك مالم تكن تعلم » (النساء / ١١٣) . « إن هو إلا وحى يوحى علمه شديد القوى » (النجم / ٥) . وقد يكون اجتهاداً « كما أرسلنا فيكم رسولاً منكم يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة ويعلمكم مالم تكونوا تعلمون » (البقرة / ١٥١) . لقد كان الرسول ﷺ نبياومعلمافهو نبى

ينبيء بنبأ من عند الله ومعلم يعلم الناس والله يشهد مايقول . فالحديث إذن قد يكون علما علمه الرسول من الله وقد يكون قولاً من عنده منسوب إليه فهو فى الحالة الأولى وحى وفى الحالة الثانية اجتهاد . فإذا كان الحديث بوحى مباشر كان له ثبات القرآن الكريم كقوله ﷺ « صلوا كما رأيتمونى أصلى » . وتبعا فإن حكمه من حيث النسخ هو حكم القرآن أى أنه فى المعاملات لا يرد عليه النسخ ولا يطرأ عليه التبديل . أما الاجتهاد فهو الذى يجوز أن يكون محل نسخ أو تبديل« يقول الرسول ﷺ : أنا أقضي بينكم الرأى فيما لم ينزل فيه وحى » (الآمدى — الاحكام) ، ج ٢٤ ، ص ٤٥) أما أن الله قد ترك شطراً من وحيه ليكون فى صورة حديث فذلك — فى مذهبى — له حكمتان :(١) لكى يوفر للرسول ﷺ فرصة أن يكون — كما نعته الله — « بالمؤمنين رؤوف رحيم » ولذا فإن الأغلب فى الحديث الذى يبلغ وحياً أن يكون فى تفصيله أو توضيحه أو تحديده أكثر رأفة وأبلغ رحمة فى تفسير القرآن وتطبيقه . مثال ذلك الديات ، والديات هى الشيء المهم الذى وسع المسئولية وخفف العقوبة . رب معترض يقول إن حكم الرجم ثبت بالسنة وهو أشد قسوة من الجلد الذى جاء فى القرآن . ولكن هذا المثل اليتيم لا يطعن على رأيى لأن حكم الرجم ليس ثابتاً ثبوتاً قطعياً فى الشريعة الإسلامية فإن من الفقهاء من ينكره بأدلة لها وجاهتها ولا أريد الخوض فى هذا الجدل حتى لا أتشعب بالبحث فى غير مناحيه ، ومع ذلك فلعل لغيرى تفسيراً أفضل مما أقول . (٢) أما أن للرسول اجتهاداً يمكن أن ينسخ أو يتغير فحكمة ذلك أن يبين الله للناس أن الكمال له وحده وأن العصمة لا تكون إلا الله أو بالله « علمها عند ربى فى كتاب لا يضل ربى ولا ينسى » (طه / ٥٢) . ولعلنى فى ذلك قريب مما كان يدور بخلد ابن الشخير عندما قيل له « لا تحدثونا إلا بالقرآن ، فقال والله مانريد من هو أعلم منا بالقرآن » (الشاطبى — الموافقات — ج ٤ ، ص ٢٢) .

المبحث الثانى
فى
مصادر قانون السلام الإسلامى

الفرع الأول
فى
القرآن الكريم

« كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير » (هود/١)

القرآن كمقننة قانونية :

القرآن هو كتاب الإسلام المقدس الذى أنزله الله للناس على لسان نبيه الكريم محمد بن عبد الله الأمين « وإنه لتنزيل رب العالمين نزل به الروح الأمين على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربى مبين » (الشعراء / ١٩٢ — ١٩٥) « ومعناه هو الكلام القائم بذات الله تعالى والكلام اسم مشترك قد يطلق على الألفاظ الدالة على مافى النفس : نقول سمعت كلام فلان وفصاحته وقد يطلق على مدلول العبارات وهى المعانى التى فى النفس » (الغزالى — المستصفى ، ج ١ ، ص ١٠٠) .

وقد نزل منجما على الرسول ولم ينزل دفعة واحدة ، وتشهد على ذلك الآية الكريمة « وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلاً » (الفرقان / ٣٢) « وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلاً » (الإسراء / ١٠٦) بيد أن جمعه وقرآنه كان عملا ربانيا ولم تترك أمره لتقدير المسلمين « لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه » (القيامة / ١٤ — ١٨) . ومن ثم فالقرآن فى الحقيقة كل واحد أوحى به على نمط متكامل وكان النبى يحفظ

مايوحى إليه ويبلغه للناس ويأمر كاتباً من كتّابه أن يكتبه . وكان للنبى كتّاب معروفون يكتبون له أشهرهم الخلفاء الأربعة . وكان أبو بكر هو أول من جمع القرآن فى مصنف (مصحف) يمكن أن يستنسخ . وقد وزعت نسخ من هذا المصنف فى مختلف بقاع العالم الإسلامى على عهد عثمان بن عفان . وتنقسم آيات القرآن إلى قسمين رئيسين :

(١) الآيات المكية التى نزل بها الوحى على مدى ثلاث عشرة سنة أثناء إقامة الرسول فى مكة بعد أن بعث فيها .

(٢) **الآيات المدنية التى نزلت خلال السنوات العشر التى أقامها الرسول فى المدينة بعد أن هاجر إليها من مكة .**

ولتلك التقسمة مغزى ذلك أن الآيات المكية كانت تبياناً للعقيدة ورداً على مسائل وجودية تتعلق بوحدانية الخالق وتنزيهه وعمل الملائكة والأنبياء ووصف المعاد واليوم الآخر ، فهى فى إيجاز تعالج المسلمات الأولية وتتناول الأحداث التاريخية . أما الأحكام فقد نزل معظمها فى المدينة المنورة ولذا فإن الآيات المدنية هى التى تمدنا بالأحكام القانونية والنظم الاجتماعية . ولا يستطيع الباحث أن ينكر سمو الأحكام التى جاء بها القرآن الكريم لتنظيم شئون الحياة الاجتماعية والاقتصادية والأسرية والجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والدولية . بيد أن القرآن ليس مقننة على نمط المجموعات القانونية الحديثة بل هو — كوثيقة قانونية — ذو سمات خاصة ألخصها فيما يلى :

١ — نزلت الآيات التشريعية فى الغالب جواباً لأحداث وقعت فى المجتمع الإسلامى وتعرف هذه المناسبات بأسباب النزول ، وقل أن نجد حكماً أو آية تشريعية نزلت دون مناسبة . وهو بذلك يتضمن معظم المدركات التى تحتاجها لتشكيل المجتمع المتمدين (أنظر Coulson. N.J,·History of Islamic law, Edinburgh, p.II.) . وكذلك أيضاً فإن ترتيب الآيات فى معالجتها قد لا يترابط من حيث الزمان أو الموضوع وعندئذ قد يغنى فى تلمس تفصيل بعض الأحكام أن نجمع الآيات الخاصة بموضوعها من مواقع متفرقة فى مختلف السور .

٢ ــ نزل القرآن بلسان العرب على لهجة قريش وصار منعاً للغة العربية ومصدراً لها فيما بعد « إنا أنزلناه قرآنا عربياً » (يوسف / ٢) « كتاب فصلت آياته قرآنا عربياً لقوم يعلمون » (فصلت / ٣) . قال الشافعي « إن القرآن الكريم نزل بلسان العرب دون غيره لأنه لا يعلم من إيضاح جمل علم الكتب أحد جهل سعة لسان العرب وكثرة وجوهه وجماع معانيه وتفرقها ومن علمه انتفت عنه الشبهة التي دخلت على من جهل لسانها ... إن القرآن نزل بلسان العرب خاصة نصيحة للمسلمين والنصيحة لهم فرض لاينبغي تركه » . (الشافعي ــ الرسالة ، تحقيق وشرح أحمد شاكر ، ص ٥٠) .

٣ ــ عدد آيات الآحكام قليل إذا قيس بمجموع عدد آيات القرآن فالآيات التي تخص أحكاماً بالمعنى الفني للتعبير تكاد لا تتجاوز ثمانين آية . وقد نجد أن بعض الأحكام تعالج في إسهاب وأخرى ترد في إيجاز ؛ بل إن هناك من المشكلات ماسكت القرآن عن إيراد حكم لها .

٤ ــ يحتوي القرآن على آيات محكمات وأخر متشابهات . أما ماكان محكماً فقد ظهر معناه على نحو يزيل الإشكال ويرفع الاحتمال . وأما المتشابه فهو ماوقع فيه الاحتمال سواء لجهة التساوي كالألفاظ المجملة أم على جهة التساوي كالأسماء المجازية وماظاهره وهم للتشبيه وهو مفتقر إلى تأويل وإنما سمي متشابهاً لاشتباه معناه على السامع » (الآمدي ــ الإحكام في أصول الأحكام ــ بيروت ، المكتبة العلمية ، ١٩٨٠ ، ج ١ ، ص ٢٣٧) ولي عودة إلى ذلك التقسيم بعد قليل . والله عز شأنه هو أول مبين لكتابة لأنه الأعلم بكلامه ومراده ولذلك يقول عز وجل « ومايعلم تأويله إلا الله » . وإذا راجعنا الآيات التي جاءت فيها كلمة « يسألونك » أو كلمة « يستفتونك » ووقفنا على تفسيرها وسبب نزولها لفهمنا أن الله عز وجل تولى بيان الأمور وتفسير الأحكام « ثم إن علينا بيانه » (القيامة / ١٩) .

وقد ذكر السيوطي أنه صنف كتاباً مسنداً فيه تفاسير النبي والصحابة ، ووضع من هذا الكتاب مختصراً هو كتابه المطبوع « الدر المنثور في التفسير

المأثور ».وفى كتاب « الاتفاق » ساق السيوطى مجموعة من آثار التفسير المروية عن الرسول ﷺ .

النسخ فى القرآن :

ومادمت بصدد الكلام عن السمات الخاصة بمعالجة القرآن الكريم للأحكام القانونية فإن هناك قضية كبرى تثير الخلاف بين الفقهاء وتتعلق بموضوعنا هذا ألا وهى قضية النسخ فى القرآن الكريم .

والنسخ فى اللغة هو الإزالة وهو مأخوذ من قولهم نسخت الشمس الظل أى أزالته « يعرف الفقهاء النسخ بأنه رفع الشارع الحكم الشرعى بدليل شرعى لاحق وسببه التيسير على الناس والتدرج فى التشريع وتغير أحكام المعاملات بتغير الزمان » (صبحى المحمصانى ـــ فلسفة التشريع فى الإسلام ـــ بيروت ، مكتبة الكشاف ، ١٩٤٦ ، ص ١٠٩) . ومعنى هذا أن النسخ عند هذا الفقيه يطلق على ثلاثة تصورات : التفسير والتدرج والتغيير .

ولقد تعددت أبحاث النسخ عندعلماء المسلمين وأسوق نماذج لما قاله بعضهم فى هذه القضية . يقول الشافعى : « إن الله خلق الخلق لما سبق فى علمه مما أراد بخلقهم وبهم ، لا معقب لحكمه وهو سريع الحساب ... وأنزل عليهم الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وفرض فيه فرائض أثبتها وأخرى نسخها رحمة لخلقه بالتخفيف عنهم والتوسعة عليهم ، زيادة فيما ابتدأهم به من نعمة . وأثابهم على الانتهاء إلى ماأثبت عليهم جنته والنجاة من عذابه فعمتهم رحمته فيما أثبت ونسخ .. وأبان الله لهم إنه إنما مانسخ من الكتاب بالكتاب وأن السنة لا ناسخة للكتاب وإنما هى تبع للكتاب ، يمثل ماانزل نصا ومفسرة معنى كما أنزل الله منه جملاً » (الشافعى ـــ الرسالة ، ص ١٠٦ ـــ ١٠٨) .

وقد أفرد الغزالى فصلاً خاصاً للنسخ بين فيه أركانه ، قال « إن أركان النسخ أربعة النسخ والناسخ والمنسوخ والمنسوخ عنه ، فإذا كان النسخ حقيقة رفع الحكم فالناسخ هو الله تعالى فإنه الرافع للحكم والمنسوخ هو الحكم المرفوع والمنسوخ عنه هو المتعبد المكلف والنسخ قوله الدال على رفع الحكم

الثابت وقد سمى الدليل ناسخاً على سبيل المجاز فيقال هذه الآية ناسخة لتلك ، وقد يسمى الحكم ناسخاً مجازاً فيقال صوم رمضان ناسخ لصوم عاشوراء . والحقيقة هو الأول لأن النسخ هو الرفع والله تعالى هو الرافع بنصب الدليل على الارتفاع وبقوله الدال عليه . أما مجامع شروطه فالشروط أربعة : الأول أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً عقليا كالبراءة الأصلية التى ارتفعت بأبحاث العبادات ، الثانى أن يكون النسخ بخطاب فارتفاع الحكم بموت المكلف ليس ناسخاً إذ ليس المزيل خطاباً رافعاً لحكم خطاب سابق ولكنه قد قيل أولاً للحكم عليك مادمت حياً فوضع الحكم قاصر على الحياة فلا يحتاج إلى الرفع الثالث إلا أن يكون الخطاب المرفوع حكمه مقيداً بوقت يقتضى دخوله زوال الحكم كقوله تعالى « ولاتقربوهن حتى يطهرن » وقوله تعالى « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » . (الغزالى ــ المستصفى ، ج ١ ، ص ١٢١ ــ ١٢٢) ، وقد قيد المعتزلة بعض الأحكام واعتبروا أنها تقتضى صفات نفسية وعقلية كالحسن والقبح وقالوا إنها غير قابلة للنسخ ولا تنسخ مثل وجوب عبادة الله تعالى فلا يجوز نسخ الوجوب وتحريم الكفر والظلم فلا يجوز نسخ التحريم .

ومن نماذج الاختلاف الكلامى فى المسألة تعريف النسخ للآمدى ومارد به على بعض آراء المعتزلة . يقول « النسخ عبارة عن خطاب الشارع المانع من استمرار ماثبت من حكم خطاب شرعى سابق ولايخفى مافيه من الاحتراز من غير تقييد بالتراخى ... إن إزالة المثل إما أن تكون قبل وجود ذلك المثل أو بعد وجوده أو حالة وجوده . الأول محال فإن لم يوجد لايقال إنه أزيل والثانى أيضاً محال فإن إزالة ماعدم بعد وجوده ممتنع والثالث أيضاً محال لأن الإزالة هى الإعدام وإعدام الشىء حال وجوده محال وإنه غير مانع إذ يدخل فيه إزالة ماكان ثابتا من الأحكام العقلية قبل ورود الشرع بخطاب الشارع المتراخى على وجه لولا خطاب الشارع المغير لكان ذلك الحكم مستمراً وليس بنسخ ... » (الآمدى ــ الإحكام ، ج ٣ ، ص ١٥٠ ، ١٥٥) .

إن المستقرىء لما قدمته من آراء ولغيرها من الآراء يجد أن في النسخ نظرتين متعارضتين إحداهما ترى أن آيات القرآن يمكن أن ينسخ بعضها البعض الآخر بالنسبة لبعض الأحداث وهنا يختلف أصحاب النظرية فمنهم من يحصر النسخ في رفع الحكم ومنهم من يضيف تخفيف الأحكام أو التدرج فيها ، والأخرى تنكر فكرة النسخ أساساً .

والنسخ عند القائلين به يعتمد على دليلين :

١ ـــ الدليل النصي : فالله تعالى يقول « وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل قالوا إنما أنت مفتر بل أكثرهم لايعلمون » (النحل / ١٠١)
ويقول عز من قائل في موضع آخر « مانسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير » (البقرة / ١٠٦) . وهناك آيات أخرى يذكرها بعض أصحاب هذا الرأى ولكنى لا أرى داعياً لذكرها لأن الافتعال في تفسيرها بما يؤيد نظرتهم ظاهر ورفع حجتهم بها ميسور وحاسم..

٢ ـــ الدليل العقلي ، الذى يقر بأن الله تعالى قادر على أن يفعل مايشاء والله يأمر المكلف بالفعل في زمان لعلمه بمصلحته فيه وينهاه عنه في زمن آخر لعلمه بمصلحته فيه (رفيق العجم ـــ الأصول الإسلامية ـــ منهجيا وأبعادها ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٨٣ ، ص ٩٨) .

أما الذين ينكرون قضية النسخ ـــ وأنا منهم ـــ فسندهم هو انعدام الدليل من القرآن والسنة على سلامة تلك القضية . بيد أن الذى اعترض عليه في قضية النسخ ـــ ليس هو النسخ أيا كان ـــ وإنما اعترض على الرأى الذى يذهب إلى أن النسخ هو رفع الحكم كله في المعاملات أى أن في القرآن نصوصاً تتعلق بالمعاملات وأن هذه النصوص ينسخ بعضها بعضاً . أما الصور الأخرى للنسخ فتلك قضية تخرج عن نطاق هذه الدراسة .

وأود أولاً أن أفرق بين النسخ والبداء . فالبداء هو العلم بعد الجهل

والظهور فى الخفاء . وبدهي أن البداء مستحيل فى حق الله تعالى لأن الله لايمكن أن يكون نسخه للآية بداء إذا ظهر الأمر لاحقاً فنسخ وأثبت . ولذا ينكر الآمدى أن يكون النسخ كذلك إذ لا يبعد أن يعلم الله تعالى فى الأزل استلزام الأمر بفعل من الأفعال للمصلحة فى وقت معين واستلزام نسخه للمصلحة فى وقت آخر ، فإذا نسخه فى الوقت الذى علم فيه نسخه فلا يلزم من ذلك أن يكون قد ظهر له ماكان خفياً عليه . (الآمدى — الإحكام ، المرجع السابق ، ح ٣ ، ص ٩٦٠) .

كذلك يطيب لى أن أفرق بين النسخ والتخصيص فالتخصيص هو الخروج بصيغة عامة عما وضعت له من العموم إلى الخصوص بدليل وهذا ليس تغييراً لإرادة الشارع وإنما هو بيان لها وهذا هو الفرق بين التخصيص والنسخ فالتخصيص تحديد لمدلول النص والنسخ إنهاء لأمد حكم النص . وأود — قبل مناقشة أسانيد النسخ — أن اكرر أن الرأى الذى أرفضه فى قضية النسخ هو القول بأن القرآن الكريم فيه نصوص تعالج أحكام المعاملات وأن هذه النصوص بقيت فى القرآن ولكن بعضها ينسخ البعض الآخر . أما غير ذلك من صور النسخ الأخرى كالنسخ فى نصوص العبادات أو نسخ ماسبق من رسالات سماوية فلا أتعرض لها هنا لأنها لا تستهم هذه الدراسة .

ولعل من المناسب أن أضيف هنا كلمة عن الفرق بين التخصيص والتقييد فالتخصيص هو تصرف فيما تناوله اللفظ ظاهراً وأما التقييد فهو تصرف فيما سكت عنه اللفظ ولذا يعمل بالأصل — وهو العام — فى التخصيص وأما التقييد فلا يعمل فيه بالأصل ، فلو قلت عاقبت المخطيء عدا الأطفال فهو تخصيص فى نص العقاب لأن الطفل قد يخطيء وقد لا يخطيء وإذا قلت الجندية لاتجب على المواطنين الأطفال فإن الأصل وهو الجندية لاتجب على المواطن لأن الأصل لايعمل به وإنما يعمل بموجب القيد وهو « الأطفال » .

ويقول الأحناف بفرق آخر بين التخصيص والتقييد وهو أن التخصيص جملة والتقييد مفرد .

وقد أوردت هذه الكلمه عن التقييد لأن القائلين به قد يقعون فى خطأ تصور بعض حالات التقييد على أنها نسخ .

وعلى هدى من ذلك انتقل الآن لمناقشة حجج القائلين بالنسخ وابدأ أولا بالدليل النصى الذى أورده المؤيدون فقد فهمه أصحابه على خلاف مقتضى الآيات . فإذا نظرنا إلى آية سورة النحل نجد أنها آية مكية ، أى أنها نزلت قبل نزول آيات الأحكام القانونية . ومادام أن الذى يهمنى هنا هو النسخ فى محيط العلاقات القانونية فإن الآية لاتفسر على أنها تتعلق بأحكام القواعد القانونية . ولذا فإنى أؤيد من يرجحون تفسير الآية على أنها تتعلق بالرسالات السماوية وأن النسخ المقصود هو نسخ فى شأن الرسالات التى سبقت بعثة الرسول ، ويقرب هذا المعنى زعم المشركين بأن الرسول مفتر إذ لا يفهم اتهام المشركين للرسول بالافتراء إلا على أنه افتراء على الرسالات السوالف بأن يدعى أنه جاء بوحى إلهى يحل محل ماسلف من وحى . وهكذا فالمفهوم الأسلم للآية يبعد بها عن أن تكون دليلاً نصيا فى أن آيات القرآن قد ينسخ بعضها البعض الآخر فى الأحكام القانونية .

وتذهب الكثرة من الفقهاء فى تفسير الآية الثانية مذهبهم فى تفسير الآية الأولى فهى أيضاً قد نزلت فى حق اتباع الديانات الأخرى ـــ وعلى الأخص اليهود ـــ وتبغيا إقناعهم بأن الله قد ينسخ فى بعض الأحيان وحياً سابقا بوحى لا حق بغية تحقيق رفاهية البشرية . والقول عندى أن الآية يمكن ايضاً أن تفسر على أساس أنها تتعلق بالمظاهر المادية للكون ودليلى على ذلك أن عجز الآية يتحدى بقدرة الله على كل شىء . والقدرة تكون فى الآيات الكونية أما الآيات العقلية فالصفة الأقرب للتحدى فيها هى العلم والعدل والعقل ومإلى ذلك فلو أن عجز الآية تحدى بعلم الله أو بعدالته أو بما إلى ذلك لكان المنطق أن نفهم صدر الآية على أنه يتعلق بنسخ الرسالات أو الأحكام . ولكن التحدى هنا هو بقدرة الله فتعاقب الليل والنهار مثلاً فى دورة يومية هى آية من آيات الله فلو أن الله نسخ هذا التعاقب ـــ شأن الحال فى المناطق التى يستمر فيها كل من الليل

والنهار آشهراً ــ فإن ذلك النسخ يتم بقدرة الله ويكون قد أتى فى تلك المناطق بآية فى التعاقب وهى إن لم تكن أفضل من الدورة اليومية بالنسبة للمناطق التى تشهد تلك الظاهرة فهى على الأقل تماثلها قياساً لظروف الحياة هناك . كذلك عندما يفيض الماء ويزول العصر الجليدى فننسى مع زواله آيات من آيات الله فى خلقه، عجز العلم عن كشفها ولم يصل إلينا حرها فتلك آية نسخت وسببت لما هو أفضل وهو العصر الذى نعيش فيه اليوم بما يملك من حضارة وينعم بمقومات . وجدير بالذكر أن القرآن الكريم يصف مظاهر القدرة الكونية بأنها آيات كقوله تعالى « وآية لهم الأرض الميتة أحييناها » (يس /٣٣) . وفى القرآن الكريم أمثلة كونية بدلتها القدرة الإلهية من ذلك النار التى أمرها المولى بأن تكون برداً وسلاماً على ابراهيم . ويد موسى التى أخرجها لفرعون بيضاء تشع بالنور ، وذلك بداهة نذر يسير . ثم إننا إذا قلنا مع المؤيدين للنسخ إن الآية نص فى نسخ الأحكام فكيف نفهم أن الله تعالى قد ينسخ حكماً ثم يأتى بمثله . أينسخ الله القصاص مثلاً ثم يأتى مرة أخرى بالقصاص ؟ . إن النص يبدو أكثر قرباً للفهم إذا تعلق بالماديات لأن التماثل فى الماديات يمكن أن يكون بالتعادل أما التماثل فى الأحكام القانونية فلا يكون إلا بالتطابق . وتبعاً فإن فهم الآية على أنها تتكلم عن الأحكام القانونية يثير جدلاً فى شرحها ماأغنانا عنه .

والآية صريحة فى أن النسخ لابد أن يكون بآية أى أن الله لا ينسخ آية أو ينسها ثم يقف بالأمر عند هذا الحد بل هو عندما ينسخ الآية أو ينسها إنما يأتى بغيرها . فكيف يضع الله فى محكم كتابه آية للناس فى المعاملات ثم ينساها الناس بعد ذلك . إن الآية التى تنسى لابد ألا يكون لها وصف فى الكتاب الكريم لأنها إذا نزلت فى القرآن الكريم فلابد أن يذكرها الناس كلما رجعوا إلى كتاب الله . لعل بعض القائلين بالنسخ هنا يقصدون إلى ماقيل من أن النبى ﷺ أوتى قرآنا ثم نسيه فلم يكن شيئاً أو لم يبق منه شىء لما رفعه الله تعالى عن قلبه (انظر كشف الاسرار لعبد العزيز البخارى تعليق البزدوى ، ج ٣ ، ص ١٨٨) وإنى وإن كنت أرفض هذا القول أجد أن الاقرار به لا ينهض دليلاً على

النسخ لأن النسخ لايكون إلا لنص ولايكون إلا بنص ومادام أن الأمر لم يصل إلينا وقد ظل ـ على مايقول به أصحابه ـ في عيب الله فلماذا يحدثنا القرآن به وماهو مراد الله من أن يخبر البشر بأنه ينزل على قلب رسوله شيئاً ثم يرفعه ونحن لا نعلم ماذا نزل وماذا رفع .

أما الدليل العقلي فهو حجة للمنكرين وليس للمؤيدين ذلك أننا لا نناقش هنا إطلاقية قدرة الله فالله قادر على أن يفعل بعباده مايشاء نحو ـ كما يقول الغزالي ـ يملك بمطلق صلاحيته أن يقول للناس حجوا ثم يعود قبل يوم عرفة لا تحجوا فقد نسخت حكم الأمر ولكن قضية النسخ لاتتعلق بهذا البحث وإنما تتعلق بفهم ماأنزله الله فعلاً من أحكام . لقد نزل القرآن منجماً على الناس ولكنه قائم منذ الأبد في لوح محفوظ وكتاب مكنون والله يعلم سابق علمه ماذا يريد للناس ، فما هو منطق أن ينزل عليهم حكماً في قرآنه يتعلق بمعاملاتهم ثم ينسخه بعد ذلك في قرآنه ذاته . حاشا لله أن يكون قد خلق الناس لاهيا أو لاعبا .

إن جلال القدرة يقتضي أن يكون ماأراده الله دينا قيما وأن ينزل أحكامه في كتاب لاعوج فيه حكما ختاماً نسقا كاملا وهو الذي ارتضاه للناس شريعة ومنهاجاً لا رجعة فيه ولا نسخ . إن التصور الذي يقبله المنطق هو أن الله قد ينزل تشريعاً متدرجا رفعاً للحرج حتى يتدرب الناس على تقبل الحكم في صورته النهائية التي تنقلهم من النقيض إلى النقيض ، كما حصل في حكم الخمر مثلاً . ولكن هذا التدرج ليس نسخاً سواء بالمعنى اللغوى أم الفنى للفظ لأن النسخ ـ الذى أنقضه ـ يعنى إبطال العمل بالنصوص السابقة : إن التدرج بحكم النص الخاص بالخمر بدءاً بأن في الخمر اثما ومنافع ثم الحكم الذى يمنع الصلاة والمسلم مخمور ليس نسخاً والحق أن كل ماجاء بشأن الخمر لا يتناقض وليس فيه ناسخ ومنسوخ فمع تحريم الخمر كلية لا زال صحيحاً أن نقول عنها إن فيها اثما ومنافع وأن إثمها أكبر من نفعها ولازال أمراً ألا نقرب الصلاة ونحن سكارى . ثم إننا يجب ألا ننسى أن الحكمين السابقين ـ في شأن

الإثم والصلاة ـــ أقرب إلى أحكام العبادات فى حين أن النص الأخير بالتحريم كلية هو أدخل فى أحكام المعاملات لأن تطبيقه يتصل بتوقيع حد عقابى . أما النصان الأولان فتطبيقهما كان يرتب جراء دينيا فحسب . كذلك فإن بعض الآيات قد توضح غموض البعض الآخر أو تبين حدود تطبيقها وهذا يدخل فى باب البيان والتخصيص ولايدخل فى باب الناسخ والمنسوخ .

ومن الامثلة التى يستشهد بها انصار النسخ أن الحكم قوله تعالى « ماكان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض » قد نسخ بقوله تعالى « فإما منا بعد وإما فداء » . وهذا رأى فى نظرى سقيم لأن الآية الأولى قد وضعت حكماً قائماً على شرط ينهيه وهو الإثخان فى الأرض فإن تحقق الشرط جاز للنبى عندئذ أن يكون له أسرى ولذا فإن الآية الثانية تدل على أن النبى قد حقق الإثخان الذى تتطلبه الآية الأولى ومن ثم فقد أبيح له أن يأسر وأن يمن على الأسير أو يقتضى فدية له .

ولكن الخطأ فى مفهوم النسخ شاع حتى أن البعض أصبح يطلقه على الحالات التى يتعذر عليه فيها التوفيق بين آيتين فيتخذ من النسخ ذريعة لإخفاء عجزه . إن النسخ على قول المؤيدين وتصور المدافعين يناقض عندى مقتضى قوله عز وجل « أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » . (النساء / ٨٢) .

ولما كنت أنكر قضية نسخ أحكام المعاملات فى القرآن من أساسها فإنى لا أرى داعياً لمناقشة ماخاض فيه الفقهاء حول نسخ القرآن بالسنة . وعلى كل فالرأى على أن أدلة الأحكام الأخرى ـــ حتى عند جمهور القائلين بجواز النسخ ـــ لا تنسخ القرآن والسنة لأن النسخ لا يكون إلا بنص ولا يتحقق إلا بين نصوص على المستوى ذاته من القوة وأدلة الأحكام ليست نصوصاً ثم إنها دون القرآن والسنة مرتبة من حيث الحجية .

أما النسخ بالسنة فلى فيه قول أوضحه بعد إيجاز مايقوله أصحاب النسخ .

يذهب بعض الفقهاء إلى جواز نسخ الحديث بنص فى الكتاب ويضربون لذلك مثلاً بالنص الذى ورد فى اتفاقية الحديبية على أن الرسول يرد من جاءه من المسلمين إلى قريش ويقولون إن هذا النص قد نسخ بالآية الكريمة « فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار » (الممتحنة / ١٠) . ويقلقنى فى هذا المثل أن الآية جاءت تخصيصاً لنص المعاهدة فهى قد خصت النص بالرجال دون النساء وقد قدمت أن التخصيص غير النسخ .

كذلك يتمثلون بأن الرسول قد أمر المسلمين باستقبال المسجد الأقصى فنزلت الآية تنسخ ذلك وتأمرهم بأن يتوجهوا شطر المسجد الحرام. ولكنى لا أرى فى هذا مثلاً ينقض رأيى لأنه نص فى العبادات، وليس فى المعاملات .

كذلك يقولون بأن الحديث قد ينسخ الكتاب ويتمثلون لذلك بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين » (البقرة / ١٨٠) فالأحناف يرون أن كتابة الوصية كانت فرضاً بهذه الآيه ولكنها نسخت بالحديث الشريف « لا وصية لوارث » . وعندى أن تفسير الآية الكريمة على أنها تجعل الوصية فرضاً إنما يتسق مع رأى الأحناف فى مدلول الألفاظ وفهمهم لمقتضى الأوامر والنواهى فالآية تحتمل أيضاً أن الخيرية فى ترك الوصية ليست بمعنى الفرض وإنما الاستحثاث والاستحسان . ثم إن تحريم الوصية لوارث جاء فى الحديث بعبارة عامة أما الآية فنص فى ترك الوصية للوالدين والأقربين ، أى فيه تخصيص . فضلاً على أن التحريم اقتصر على مايتجاوز الثلث فإذا انتهينا إلى أن الوصية فيما دون الثلث جائزة كانت الأحاديث مخصصة لحكم الآية — على فرض أنها آمرة — وهنا أكرر ماسلفت من أن التخصيص هو غير النسخ . ويضيف الفقهاء بأن عدم جواز أن ينسخ الكتاب بالحديث هو لأن القرآن أصل والحديث تابع ولايجوز أن ينسخ التابع الأصل وأن الله تعالى خاطب نبيه قائلاً « إئت بقرآن غير هذا أو بدله » فقال الرسول « مايكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى إن اتبع إلا مايوحى إلى » (يونس / ١٥) . وفى تقديرى أن الحكم القرآنى إذ بدأ بلفظة « كتب » فإنه يفيد الاستمرار والتأبيد الأمر الذى يتناقض مع احتمال أن يكون محل نسخ .

والقول عندى فى الحديث أنه قد يكون وحياً وقد يكون اجتهاداً فإذا كان الحديث وحياً وينصب على حكم من أحكام المعاملات فإن حكمه حكم الوحى القرآنى لا يرد عليه نسخ « إن هو إلا وحى يوحى علمه شديد القوى » (النجم / ٤ ، ٥) وإن كان الحديث اجتهاداً كنهيه ﷺ عن زيارة القبور فيجوز عليه النسخ « يأيها النبى لم تحرم ماأحل الله لك » (التحريم / ١) . والنسخ الذى يرد على الحديث الاجتهادى قد يكون نسخاً بسنة فقد نسخ الرسول حكمه بعدم زيارة القبور وأجاز زيارتها وقد يكون نسخاً بقرآن كما فى حديث الظهار . ولكن اجتهاد الرسول ليس كاجتهاد باقى الناس فهو اجتهاد ترقبه العناية الإلهية وتتابعه عين الخالق الساهرة ولذلك فإن السكوت عليه يزكيه . وتبعاً فإن الأحاديث التى رويت عن الرسول ولم تنسخ فى حياته تصبح حكماً قاطعاً وترتفع إلى مستوى الحجية التى للوحى الإلهى بوفاته . ومن ثم فإن القول عندى أن الأحكام الإلهية ـــ قرآنا وسنة ـــ لا يرد عليها النسخ فى باب المعاملات .

الإنساء والنزع :

وفى النسخ قصص يضيق الصدر لذكرها ويتأفف المرء لسماعها ويسلك مختلقوها سبلاً شتى لعلّهم يوهمون الناس بصدقها ولذا لا أرى مندوحة من التعرض لأمرها قطعاً لدابر أصحابها .

فهم يزعمون أحياناً أن الله سبحانه وتعالى أنزل آيات على رسوله ثم أنساه اياها ومن ذلك آية فى الزنى تقول « الشيخ والشيخة فارجموهما البتة » . إن هؤلاء المتقولين يرهصون بأن الصحابة كانوا يقرأون تلك الآية وأن الرسول طبقها حكماً فى حياته ، فإن صح أن الرسول طبقها حكماً فى حياته فما هو مبرر نسخها أو أن ينسيها الله لرسوله . والغريب أن القصة قد وردت فى الصحاح وأن الآية ذكرت فى سنن ابن ماجه . والأغرب أن الآية المزعومة تضع حكماً للشيخ والشيخة وتنسى الشاب والشابة وهما أكثر تعرضاً لارتكاب المنهى عنه .

ويتمسح هذا الفريق الضال ـــ تأييداً لافترائه ـــ فى قوله تعالى « ماننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » فتلك عندهم صورة من صور النسيان .

ولكن الإنساء يكون بطول العهد . ومن ثم فهو لايتصور ـــ إن حدث ـــ إلا فى أمور سبقت عهد الرسول وتبعاً فلا تكون جزءاً من القرآن الكريم . إذ كيف ينزل الله آية على قلب رسوله الكريم ليبلغها للناس « يأيها الرسول أبلغ ماأنزل اليك » ويتلوها عليهم وهو يعلمهم الكتاب « يتلوا عليهم آياتنا ويعلمهم الكتاب والحكمة »(البقرة/ ١٥١) . إن الآية لابد أن تتعلق بأذهان الناس لاسيما وهى آية فى الرجم أى عقوبة لاتمحى من الذاكرة ثم يسأل الناس الرسول عليها عملاً بقوله تعالى « فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول » فينكرها لأن الله أنساه إياها . ولو أن ذلك صح ـــ وحاشا الله أن يصح ـــ لحق للكفار أن يسألوا محمداً كما سأل ابراهيمَ قومه «أجئتنا بالحق أم أنت من اللاعبين » .

قد يتقبل المرء القضية لو أن الإنساء عم الناس جميعاً فلم يتجاوز منهم أحداً إذ يجوز عندئذ أن نقول إن تلك معجزة من معجزات القرآن . ولكن القضية تجرى على غير ذلك فقد حفظت الآثار لنا الآية ومعنى ذلك أن من الناس من ظل يذكرها .

وإن تعجب فعجب قولهم إن عمراً هو الذى يروى القصة وكأنهم يحسون وهن الحبكة فأرادوا أن يوفروا لزعمهم دليلاً لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . وهل يقبل العقل أن يقول عمر ذلك ـــ وهو الذى عرف بشدة محاله فى الحق ـــ دون أن يراجع فيه الرسول ، وهل يجرى ذلك ـــ بهذه السذاجة ـــ على لسان من نزل القرآن موافقا لقوله وفعله فى آيات كثيرة وقد قال الرسول فيه « إن الله تبارك قد جعل الحق على لسان عمر وقلبه » .

وهم يزعمون أحياناً أخرى أن الرسول قد ينزعه نزغ من الشيطان عند قراءة القرآن فينتحل آيات من عنده . ويتمثلون لذلك بآيات عرفت فى الآثار

بآيات الشيطان وتجرى خرافتها على أن الرسول كان يقرأ قوله تعالى « أفرأيتم اللات والعزى، ومناة الثالثة الأخرى » (الحكم / ١٩) . فأضاف إليها « تلك هي الغرانيق العلا وإن شفاعتها لترجى » . ويذهب الخراصون فى ذلك مذاهب تنبى تدل على جهل فاضح وتطاول كالح ويتخذون سنداً من قوله تعالى « وماأرسلنا من قبلك من رسول ولا نبى إلا إذا تمنى ألقى الشيطان فى أمنيته فينسخ الله مايلقى الشيطان ثم يحكم الله آياته والله عليم حكيم » (الحج /٥٢) . وهؤلاء هم من يحرفون الكلم عن مواضعه فالتمنى والأمنية تعنى القراءة كما فى قوله تعالى « ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى » أى إلا قراءة . ويطيب لى أن أورد هنا شرح المراغى للآية الكريمة ، يقول المراغى « أى وماأرسلنا قبلك رسولاً إلا إذا ألقى الشيطان على سامعيه وهو يتلو الوحى الذى نزل الله شبهات فيما يقرأ فيقول قوم إنه سحر ويقول آخرون نقله الرسول عن بعض الأولين وسكا ا من الأباطيل والترهات التى يتقولونها ... ويزيل سبحانه وتعالى تلك الخرافات التى علقت ببعض النفوس بأن يقيض للنبى من يدافع عنه ويدفع الخناب ثم يحعل آياته محكمة متنة لا تقبل الرد بحال . وخلاصة القول إن الله حين نزل القرآن وقرأه الرسول قال المشركون فيه ماقالوا ثم استبان الحق وجاءت غزوة بدر ونصر الله المسلمين الذين بشرهم كتابه بالنصر » (احمد المراغى — تفسير المراغى ، ج ١٨ ، القاهرة ، ص ١٢٧ — ١٢٩) .

وكيف يتقول الرسول الأمين على ربه العظيم وقد نفى الله ذلك عنه كلية بقوله عز وجل « ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين » (الحاقة / ٤٤ — ٤٦) . اللهم غفرانك أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين .

فذلكة :

لقد ذهب القائلون بالنسخ إلى تعداد اسباب ثلاثة للنسخ هى :

(١) التيسير على الناس .

(٢) التدرج فى التشريع .
(٣) تغير أحكام المعاملات بتغير الزمان .

إن نظرة فاحصة إلى هذه المبررات الثلاثة لابد أن تنتهى فى رأيى الخاص إلى أن نسخ الآيات تيسيراً على الناس لا يتصور إلا فى العبادات فإن جاز أن يكون هناك نسخ للتيسير فلا يكون ذلك فى أحكام المعاملات ولا يستطيع أنصار فكرة النسخ أن يضربوا لنا مثلاً لحكم فى المعاملات نسخه الله وجاء نص أكثر يسراً على العباد .

أما المبرر الثالث وهو تغير الأحكام بتغير الزمان فقول عجيب اللهم الا إذا فهم على أنه نسخ لما سبق القرآن فى أزمنة سالفة . وهذا ليس هو النسخ الذى أعارضه . فإن قصد القائلون بالنسخ أن فى القرآن احكاماً نسخت بأحكام قرآنية أخرى لتغير الزمان فإنى استعيذ بالله من الشيطان لأن هذا القول لايمكن أن يقبله إنسان ذلك أن فترة الوحى لم تستمر لأكثر من ثلاثة وعشرين عاما فهل هذا زمان تتغير فيه الأحكام الإلهية .

ومن ثم فإن التصور الوحيد الذى أتمثله هو تدرج التشريع . وقد أسلفنا أنه ليس نسخاً بالمعنى الفنى للتعبير .

ذلك مبلغ علمى فى قضية النسخ والله أعلم .

تصنيف الاحكام :

ويمكن أن نصنف الآحكام القرآنية فى فئتين :

١ ــ المحكم ، ويضم المدركات الأساسية فهى أم الكتاب ، وتلك هى القواعد التى تقابل مايسميه الفقه الوضعى المعاصر بالقواعد الآمرة . بيد أن فكرة النظام العام هنا يجب أن تفهم بمعناها الذى يشرحه فقهاء القانون الخاص أى النطاق الذى لا تلعب فيه الإرادة دوراً لأن الإرادة الشارعة تلزم إرادة أشخاص القانون . وتبعا فهى القواعد العليا لضمان الخير السياسى والاقتصادى والاجتماعى للمجتمع ، وبذلك تختلف عن مفهوم النظام العام فى القانون

الدولى الوضعى الذى لا يعرف سلطة مركزية تتمتع بسلطة عليا . ولذا فإن أشخاص القانون الدولى الوضعى لازالوا يتمتعون بنطاق واسع من سلطان الارادة تترك لهم الحرية فى تحديد مايشاءون من قواعد النظام العام .

٢ ـــ المتشابه ، وتشمل الآيات التى تحتمل أكثر من تفسير ولما كانت تلك الآيات فى حاجة إلى إستجلاء فإن حكمها غير قاطع ولذا يمكن أن نقارنها إلى حد ما بالقواعد الرضائية المفسرة أو المكملة ذلك أنها [illegible] لشخص القانون [illegible] فى تحديد نطاق ممارسته لسيادته فى علاقته بسيادة أخرى أو بتنظيم دولى [illegible] يمكن تعديلها باتفاقات مخالفة .

ويستند هذا التصنيف إلى قوله تعالى « هو الذى أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات فأما الذين فى قلوبهم زيغ [illegible] ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله ومايعلم تأويله إلا الله والراسخون فى العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا ومايذكر إلا أولوا [illegible] » (آل عمران / [illegible]) .

[illegible] قد ابتعدت عن موضوع الدراسة إذا عرضت لناحية القصص فى القرآن ، فالقصص فى القرآن ـــ كما يقول الشاطبى ــ لايراد بها سرد تاريخ الأمم والأشخاص وإنما هى عبرة للناس ولذلك لاتذكر الوقائع والحوادث مرتبة [illegible] الأزمنة [illegible] وإنما تقتصر على [illegible] الله تعالى فى الاجتماع البشرى [illegible] الحسنات فى الحياة الإنسانية ، « وكلا نقص عليك من أنباء الرسل ما نثبت به فؤادك وجاءك فى هذه الحق وموعظة وذكرى للمؤمنين » . (هود / ١٢٠) . كما يقول تعالى « فاقصص القصص لعلهم يتفكرون » (الأعراف / ١٧٦) .

ويقف بعض الباحثين فى وجه القصص وقوفاً شاملاً مطلقاً ويتعلل فى ذلك بأن ابن حنبل قال « ثلاثة أشياء لا أصل لها : التفسير ، والملاحم ، والمغازى » ولعل ابن حنبل قال هذا لأنه شاهد أن كثيراً من القصص والأخبار قد أضيفت إلى التفسير فأخرجته عن دقته وتقيده بالرواية الصحيحة والبيان المعقول ،

وأغلب الظن أن ابن حنبل يتكلم هنا عن قصص الإنسان وليس عن قصص القرآن .

وقد يخطر بالبال هنا سؤال : أفي القرآن مالا يمكن تفسيره ؟

« ذكر الراغب الأصفهاني أن عامة المتكلمين ذهبوا إلى أن كل القرآن يجب أن يكون معلوماً ، أي مفهوم المعنى ، أي مستطاع التفسير ، وإلا أدى عكس ذلك إلى بطلان فائدة الانتفاع به ، وأن لا معنى لإنزاله وحملوا قوله تعالى في سورة آل عمران « والراسخون في العلم » على أنه عطف على قوله تعالى « لا يعلم تأويله إلا الله » وجعلوا قوله تعالى « يقولون آمنا به » في موضع الحال فيكون معنى الآية أنه لا يعلم تأويل القرآن إلا الله والراسخون في العلم ، وحالهم أنهم يقولون آمنا به وبأنه من عند الله ، ويفيد هذا أن القرآن كله ممكن التفسير لهؤلاء العلماء » .

وأما عامة أعيان الصحابة ، وكثير من المفسرين بعدهم فقد ذهبوا إلى أنه يصح أن يكون في القرآن بعض مالا يعلم تأويله إلا الله ، وقال ابن عباس « أنزل القرآن على أربعة أوجه : وجه حلال وحرام لا يسع أحداً جهالته ، ووجه يعرفه العرب ، ووجه تأويله يعلمه العالمون ، ووجه لايعلم تأويله إلا الله ومن انتحل فيه علماً فقد كذب » .

ويمكن التوفيق بين الرأيين بأن نقول : لعل الذين قالوا إن في القرآن مالايمكن للإنسان تأويله أرادوا به أنه لايمكن للإنسان أن يجزم بحقيقة المراد منه لأن ذلك عند الله وهذا لا يمنع أن يفهم الإنسان معنى لهذا النص قدر طاقته ، وفوق كل ذي علم عليم .

أو لعلهم أرادوا بما لايمكن للإنسان أن يعلمه الأشياء التي استأثر الله بعلمها كقيام الساعة وعلم الغيب وحقيقة مافي الأرحام وماإلى ذلك » (الشرباصي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ـــ ٣٦) .

والقول عندي أن هذه القضية لا تمثل مشكلة بالنسبة لدراستنا لأننا نناقش

أحكام المعاملات أى مايتعلق بالحلال والحرام وهذا كما يقول ابن عباس لايسع أحد جهالته . ولذا فإنى لا أرى أن أفيض فى استعراض الموضوع .

وإذن فالقرآن الكريم هو الأساس الذى تبنى منه وعليه النظرية القانونية الإسلامية . ولكن من المستشرقين من يظن أن القرآن بذاته ـــ منفصلاً عن أثره على المشكلة التى أثارتها السنة النبوية ـــ لم يكن الأساس الأهم للنظرية الإسلامية فى باكورة أيامها . صحيح أن اهل الكتاب ينادون بأن القرآن ـــ إذا فسر تفسيراً رشيداً ـــ هو الأساس الوحيد لمذهبهم بيد أن هذه الصياغة التى تكشف عن تحيز ضد التقاليد هى نتاج وليست نقطة انطلاق تطور نظرى معقد (أنظر Schacht, Joseph-The Origins of Muhammedan Jurisprudence, Oxford 1950, p. 224). وعندى أن قول المستشرقين فى القرآن الكريم يعيبه دائماً عيب لصيق وهو أنهم يدرسون القرآن مترجماً فلا يستطيعون أن يتذوقوا حلاوته أو يسبروا أصالته شأن بعض من يقرأون الكتاب الكريم باللغة العربية من أعاجم العرب لأنهم غرباء على العربية ضعفاء فى استشفاف جوهرها .

كلمة حق :

أود قبل أن أنهى كلمتى عن القرآن أن أدفع بشدة شبهة قد تقوم فى الأذهان بسبب مايقرأه المرء أحياناً فى بعض الدراسات الفقهية عن أن فى القرآن عدة لغات يقدرها البعض بخمسين لغة . ولكن هذا لا يعنى أن المقصود « باللغة » معناها الاصطلاحى المتداول ، حيث تكون لكل أمة لغة ، لا تفهم إلا بالتعليم أو الترجمة كاللغة الانجليزية والفرنسية والعربية . ومما يقوى هذا الفهم فى نفس القارىء أن القرآن جاء على العرب التى كانت لكل قبيلة لغتها ولكل صقع من أصقاع الجزيرة منهجه اللغوى وثروته اللفظية الخاصة وإذا بها كلها تنصهر فى بوتقة واحدة .

والأمر ليس كما قد يتبادر إلى الذهن لأن اللغة فى مفهوم أهل اللغة والنحو معناها اللهجة أو طريق نطق الكلمة وهو قريب مما نعرفه اليوم من اختلاف أقاليم العرب فى إخراج الكلام ، بل قد يوجد هذا بين قرى ومدن الإقليم

الواحد كالذى سمعه فى مصر من اختلاف سكان الأقاليم فى طرق نطق الكلام فيختلف الحضرى عن القروى والحضرى من الوجه البحرى عن الصعيدى ، ويختلف لسان أهل أسيوط عن لسان أهل الاسكندرية وليس بينهما بعد مكانى مع اتحاد طرق التعليم فى المدارس واتحاد وسائل الإعلام المسموعة . والحق أنه لم يكن عند قبائل العرب من اللغات كما نفهمها اليوم ولم يكن بينهم من التباعد اللغوى مايكون بين لغتين لأمتين مختلفتين وإنما هو ماوصفته فى تشبيه هذه الفوارق بما بين اللهجات فى بلاد العرب اليوم . وهناك أدلة كثيرة لا حصر لها : من ذلك تفسير العلماء حديث الرسول « إن هذا القرآن أنزل على سبعة أحرف فاقرأوا ماتيسر منه » (رواه البخارى) .

الفرع الثانى
فى
الحديث (السنة)

« يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة »

الحديث (السنة) كنص فى الأحكام :

السنة لغة هى السبيل والقاعدة والطريقة والسيرة وقد اشتقت من سنن بمعنى يبين فهى تثبيت للقرآن الكريم وإذا أطلقت فى التشريعة فإنما يراد بها ماأمر به الرسول ﷺ ونهى عنه وندب إليه قولاً وفعلا مما لم يرد فى كتاب الله (ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٣ ، ص ٢٢٠) .

والواقع أن اصطلاح السنة فى المفهوم الإسلامى قد ينصرف إلى قدرة الله « سنة الله فى الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلاً » (الأحزاب / ٦٢) .

وقد كان الشافعى أول من عرف السنة لأن أسلافه لم يكونوا يربطون لزاماً بينها وبين الرسول وإنما كانوا يعنون بها التقاليد والعادات المثالية للأمة مكونة بذلك مايسمى بالتقاليد الحية ويضعونها على قدم المساواة مع الممارسة العرفية أو ذات القبول العام أما الشافعى فقد قصر السنة على تصرفات الرسول ﷺ فهى وحدها ذات الحجية . على أن الشافعى لم يتخلص تماماً من النظرة التى سبقته فهو يقر تقاليد الصحابة وآراء التابعين كحجج ثانوية . بيد أن تقاليد الصحابة والتابعين كانت قبل الشافعى هى القاعدة أما تقاليد الرسول نفسه فكانت هى الاستثناء فلما جاء الشافعى جعل الاستثناء هو القاعدة فغدت السنة تشير إلى أفعال الرسول أما الحديث فيعنى أقواله (أنظر مصطفى شلبى ـــ المدخل ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ١٦٤) .

والسنة على هذا المفهوم لها عند الجمهور صور ثلاثة :

(١) القول أى ماقاله الرسول .

(٢) الفعل أى تصرف الرسول وممارساته .

(٣) التقرير أى إقرار الرسول لتصرف أو عمل قام به شخص ما .

وعندى ان الحديث – أى السنة القولية – هى التى يمكن أن تكون مصدراً للأحكام القانونية الملزمة فى دائرة التشريع أما مجرد التصرف أو الاقرار الصامت فيندرج – فى رأيى – تحت مدلول « الأسوة الحسنة » أو ترك الأمور على أصل الإباحة . ومن ثم فإن السنة التى تفرض أحكاماً والحديث هما عندى صنوان فى المدلول . ولذا فإنى من الرأى الذى يقول بأن السنة هى الجوهر والحديث هى طريق نقله إلى الأحكام .

ولقد عزف المسلمون عن تجميع أحاديث الرسول أثناء حياته خشية أن يختلط الحديث بالقرآن . وقد مانع عمر بن الخطاب فى ذلك خشية أن ينصرف بها الناس عن القرآن . فاعتمدوا على ذاكراتهم فيما قاله الرسول أو فعله ولو أن هناك محاولات جرت فى عهد الرسول لتدوين الحديث إلا أنها لم تتسع ولم تتداول . وقد أحس المسلمون بعد وفاة الرسول الحاجة إلى جمع الحديث كى يكون فى متناول من يريد البحث والفتوى إذا هو لم يجد حكماً فى القرآن لاسيما بعد أن انقضى عصر الصحابة . ولما خاف عمر بن عبد العزيز اندثار السنة بوفاة المحدثين كلف أبا بكر بن حزم بأن يكتبها ولكن هذا توفى قبل أن يتم عمله ولم تجمع إلا فى العصر العباسى . ومن ثم فقد نذر بعض اللاهوتيين من المسلمين أنفسهم – خلال القرنين الثانى والثالث للهجرة – لمهمة تنقية وجمع الحديث وأسفرت جهودهم عن عدة مجاميع من أشهرها الصحيحان : البخارى ومسلم ، والسنن وأبو داود ، وابن ماجه والنسائى . ومن بين هذه المجاميع يحتل البخارى مكان الصدارة .

اهتزاز الحديث :

والحق أن هذه الجهود — على إخلاص أصحابها وما لاقوه من نصب وما تحلوا به من صبر ومثابرة — ليست حجة قاطعة على صحة كل ما فيها من حديث فقد لعبت الإسرائيليات دوراً ماكراً فى تزييف الأحاديث وعرف التاريخ كثيراً من الوضاعين . لقد وجد التحريف سبيله إلى أحاديث الرسول ﷺ كما أنبأ هو بذلك « إنه سيكذب على كما كذب على الأنبياء من قبلى فمن كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » (صحيح مسلم — ج ١ ، ص ٦) . وقال أحد الوضاعين فى القرن الثانى للهجرة وهو يواجه الموت — وهو أبو العوجاء — « لقد دسست أربعة آلاف حديث أحلل فيها وأحرم ومنها إلا ويعمل به » (كتاب الموضوعات الكبرى للعلامة على القارى — ص ١٤) . ولعل الرجل بالغ فى قولته هذه إلا أننا نجد أموراً تحرمها أحاديث ولا أصل لذلك التحريم فى كتاب الله وصحيح حديث رسوله ونجد أموراً تحلل وليس لها مستند من كتاب أو حديث مجمع على صحته . روى الحارث بن عبد الله الهمزانى قال : مررت فى المسجد فإذا الناس يخوضون فى الأحاديث فدخل على « على » عليه السلام فأخبرته فقال أقد فعلوها ؟ قلت : نعم قال : أما إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : ألا إنها ستكون فتنة ، قلت : ماالمخرج منها يارسول الله ؟ ، قال : كتاب الله فيه نبأ ماقبلكم وخبر مابعدكم وحكم مابينكم هو الفصل ليس بالهزل من تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهوى من غيره أضله الله وهو حبل الله المتين وهو الذكر الحكيم وهو الصراط المستقيم وهو الذى لا تزيغ به الأهواء ولا تلتبس به الألسنة ولا يشبع منه العلماء ولا يخلق على كثرة الرد ولا تنقضى عجائبه هو الذى لم ينته الجن إذ سمعته حتى قالوا : إنا سمعنا قرآنا يهدى إلى الرشد فآمنا به ألا من قال به صدق ومن عمل به أجر ومن حكم به عدل ومن دعا به هدى إلى صراط مستقيم » (رواه الحافظ والترمذى فى جامعه) والمؤسف أن الجهود التى بذلت لتطهير الحديث من الدخل لم تحقق كل ماكان مرجوا منها على الرغم من قيام علم للحديث . وقد أفزعت تلك الحقيقة نفراً من العلماء فراحوا ينادون بألا يؤخذ بالحديث

إلا بعد أن تثبت صحته ولكنى من الرأى القائل بأن الحديث إذا ورد فى أى من الصحيحين أو السنن كان ذلك قرينة على صحته إلى أن يثبت العكس ، وذلك رأى فيه تيسير إذا أردنا الاعتماد على السند وإن كنت أفضل المتن .

وكيف يقع الاطمئنان فى نفس الإنسان حيال صحة ماجمع من حديث إذا كان هذا الجمع قد تم فى القرنين الثانى والثالث الهجرى وقد شهدت الأمة الإسلامية الحقائق التالية :

١ — نهى رسول الله عن كتابة شيء غير القرآن وقال لا تكتبوا عنى شيئاً غير القرآن ومن كتب فليمحه (رواه احمد ومسلم والترمذى والنسائى) . والعلة هنا هى الخوف من الخطأ وإلا فلم لايدون الرسول الحديث كما دون القرآن .

٢ — لم يتفق الأئمة الأربعة على تحديد الصحيح من الحديث أو على العمل به .

٣ — أخرج ابن عساكر ومحمد بن اسحاق عن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال مامات عمر حتى بعث إلى أصحاب رسول الله فجمعهم من الآفاق ، عبد الله بن حذيفة ، وأبى الدرداء ، وأبى ذر ، وعقبة بن عامر فقال ماهذه الأحاديث التى أفشيتم عن رسول الله فى الآفاق . قالوا أتنهانا ؟ قال لا أقيموا عندى لاتفارقونى ماعشت فنحن أعلم نأخذ منكم ونرد عليكم . فما فارقوه حتى مات .

٤ — ذكر الآمدى فى كتاب الإحكام (ج ٢ ص ٧٨ — ١٨٠) أن ابن **عباس لم يسمع من رسول الله سوى أربعة أحاديث لصغر سنه .** وذهب ابن القيم (فى الوابل الصيب) إلى أن ماسمعه بن عباس عن النبى لم يبلغ عشرين حديثاً وعن ابن معين وأبى داود فى السنن أنه روى تسعة أحاديث لصغر سنه ومع ذلك فقد أسند له أحمد بن حنبل فى سنده ١٦٩٦ حديثاً . كذلك أبو هريرة راوية الحديث الأكبر أسوق عنه قصة تدعو إلى التأمل ، ذلك أن عائشة سمعته يحدث أن رسول الله يقول : إن يكون الشؤم ففى ثلات الدار والمرأة والفرس فغضبت

وقالت والله ماقال هذا رسول الله قط وإنما قال : أهل الجاهليه يقولون إن يكن التشؤم ففى ثلاث الدار والمرأة والفرس فدخل أبو هريرة فسمع الحديث ولم يسمع أوله . وقد تشكك أبو حنيفة فى ذمة أبى هريرة فى الرواية .

٥ — كانت الفتنة بين على ومعاوية فرصة لدساسى الحديث ومن قبل كان أصحاب النبى يردون بعضهم بعضاً فى الحديث . من ذلك أن عائشة روت حديث عبد الله بن عمر « إن الميت يعذب ببكاء أهله عليه » فقالت إنكم لتحدثون عنى غير كاذبين ولكن السمع يخطىء . والله ماحدث رسول الله ﷺ إن الله يعذب المؤمن ببكاء أهله . وقالت حسبكم القرآن (ولا تزر وازرة وزر أخرى) .

هذا بالإضافة إلى ماوضعه الزنادقة وماوضع لنصرة المذاهب .

٦ — اختلف الصحيحان — البخارى والمسلم — فى بعض الأحاديث من ذلك مثلاً أن البخارى روى عن ابن عمر أن النبى قال يوم الأحزاب لا يصلين أحد العصر إلا فى بنى قريظة ووقع النص فى جميع النسخ عند البخارى على صلاة العصر ووقع فى جميع النسخ عند مسلم على صلاة الظهر مع اتفاق البخارى ومسلم على روايته عن شيخ واحد بإسناد واحد .

وقال ابن حجر والخطيب البغدادى إنه قال رب حديث سمعته بالبصرة كتبته بالشام ورب حديث سمعته بالشام كتبته بمصر . فقيل له : ياأبا عبد الله بكلماته ؟ فسكت . (من تاريخ الخطيب ، هدى السارى مقدمة فتح البارى ، ص ٢٠١ ج ٢)

٧ — هناك الوضاعون ، وقد حكى السيوطى عن ابن الجوزى أنه رتب للوضاعين أسباباً ودرجات فقال « منهم من غلب علمهم الزهد فغفلوا عن الحفظ ومنهم من ضاعت كتبه فتحدث عن حفظه فغلط ومنهم قوم ثقات لكن اختلطت عقولهم فى آخر أعمارهم ومنهم من يروى الخطأ سهوا فلما رأى الصواب وأيقن به لم يرجع أنفة من أن ينسب إليه

الغلط ومنهم زنادقة وضعوا الحديث قصداً إلى إفساد الشريعة وإيقاع الشك والتلاعب بالدين وقد كان بعض الزنادقة يفعل الشيء فيدس فى كتابه ماليس من حديثه . والحق أن هناك أسباباً عديدة دعت إلى الدس والتزييف . أما وضّاعو الحديث فكانوا كثيرين وقالوا إن أشهرهم أربعة هم : أبو يحيى فى المدينة والواقدى فى بغداد ومقاتل بن سليمان بخراسان ومحيى بن أبى سعيد بالشام .

٨ ـــ عاشت الأمة الإسلامية ـــ قبل تدوين الحديث ـــ فى عهد الأمويين وكان صاحبهم ومؤسس دولتهم معاوية بن أبى سفيان على حد قول البعض من الوضاعين ـــ ثم جاءت دولة العباسيين فكثر الوضاعون لإرضائهم .

حجية الحديث :

لهذا ولغيره من الأسباب والمبررات التى يضيق عنها هذا البحث أقول مع البيهقى والسيوطى إن العبرة فى الاطمئنان إلى الحديث هى بصحة المتن والمعنى لا بصحة السند . وقد استثار وضع الحديث فى النظرية الإسلامية خلافاً حاداً بين الفقهاء ولكنى لا أنتوى أن أدخل فى تفاصيله اكتفاء بما أسلفت فى نطاق مقتضيات هذه الدراسة واجتزىء الآن بالقول بأن علاقة القرآن بالحديث هى وضع من ثلاثة :

(١) أن يتفق الحديث مع القرآن .
(٢) أن يكون تفسيراً لنص قرآنى .
(٣) أن لايتعارض الحديث مع القرآن .

وإنى لأنكر بحرارة الأخذ بالحديث المناقض ، وإذا كنت قد رفضت النظرية التى تقول بأن الآيات القرآنية قد يلغى بعضها البعض الآخر فإنى من باب أولى أنكر جواز أن يلغى الحديث نصاً قرآنيا . ومن ثم فإن السنة وإن كانت من الناحية القانونية هى أحد المصدرين الأساسين للنظرية الإسلامية إلا أن الحديث محكوم قطعاً بالقرآن وليس ذلك لأن الحجية مختلفة وإنما لأن الإثبات ليس على

المستوى ذاته . وتبعا فإن مخالفة الحديث للقرآن يكون علامة على عدم صحة الحديث .

وينكر البعض حجية الحديث ولهم فى ذلك نظرة يطول بى المقام إذا أنا أردت عرضها تفصيلاً ولذا أوجز القول فيما يلى :

١ ــ طول العهد قبل تدوين السنة جعلها محل خلاف والأساس أن الشريعة لا تكون ملزمة للمكلف إلا إذا كانت معلومة أو فى حكم المعلومة . وهذا رأى يقترب مما يقول به المحدثون فى شأن القانون وهو أن عدم نشر القانون على نحو يجعله معلوماً أو ميسراً لمن يريد أن يعلمه يمكن أن يكون مبرراً يعزر من جهل به فلم يراعيه .

٢ ــ قال تعالى « ونزلنا الكتاب تبيانا لكل شىء » . وقال عز من قائل « مافرطنا فى الكتاب من شىء » . وأحكام المعاملات أحق بهذا البيان وعدم التفريط وتبعاً فالحجية للقرآن وحده وفيه مايغنى الناس به عن الحديث .

٣ ــ أمر الرسول المسلمين بأن يمحوا ماكتبوه عنه غير القرآن وحذر من الكذب عليه بعد وفاته الأمر الذى أثار الشك فى السنة كمصدر .

ولكن حجية السنة كمصدر للشريعة الغراء ثابتة فى أكثر من آية ، اذكر منها قوله عز وجل :

١ ــ « وماأتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا » (الحشر / ٧) ،

٢ ــ « ماكان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » (الأحزاب / ٣٦) ،

٣ ــ « وماينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى » (النجم/٣ ، ٤) ،

٤ ــ « فآمنوا بالله ورسوله النبى الأمى الذى يؤمن بالله وكلماته واتبعوه لعلكم تهتدون » (الأعراف / ١٥٨) . ،

فلما انتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى انقطع الوحى وانحصر التعبير عن الإرادة الإلهية فيما تركه الرسول فينا ــ كتاب الله وسنة رسوله ــ ولذا أناقش

هذين المصدرين الأساسين للقانون الإسلامى فى نطاق ماتتطلبه هذه الدراسة .

وقد اهتم الفقهاء بالحديث فأقاموا له علماً بذاته هو علم الحديث واستنوا شروطاً لرواته وضوابط لاستخلاص صحيحه وفهم أحكامه وقد وضع علماء السنة خمسة شروط لقبول الأحاديث السوية ، ثلاثة منها فى السند واثنان فى المتن :

(١) فلا بد فى السند من راوٍ واعٍ يضبط مايسمع ويحكيه بعدئذ طبق الأصل .

(٢) ومع هذا الوعى الذكى لابد من خُلق متين وضمير يتقى الله ويرفض أى تحريف .

(٣) وهاتان الصفتان يجب أن يقروا فى سلسلة الرواة فإذا اختلفا فى راوٍ أو اضطربت إحداهما فإن الحديث يسقط عن درجة الصحة . وننظر بعد السند المقبول إلى المتن الذى جاء به أى إلى نص الحديث ذاته .

(٤) فيجب ألا يكون شاذاً .

(٥) وألا تكون به علة قادحة . وقد يصح الحديث سنداً ويضعف متنا بعد اكتشاف الفقهاء لعلة كامنة فيه .

وأحيل فى ذلك إلى كتب الأصول وعلم الحديث لأن البحث فى هذا يطول ولا أريد لهذا السفر أن يكون نسخه من كتب علم الأصول وإنما أتمنى على الله أن ينصرف كله أو على الأقل جله للقضية الأساسية وهى بيان أحكام قانون السلام فى الإسلام .

وقد يكون من المناسب فى هذا المقام أن أعرج بكلمة عن موضوع له صلة بهذا الفرع من الدراسة وأقصد به اجتهاد الرسول ﷺ .

اجتهاد الرسول :

لا مراء فى أن الشريعة الإسلامية شريعة شاملة أبدية غير أن الشمول لا يعنى أنها قد احتوت حكماً مباشراً لكل دقيقة من دقائق الحياة وإنما يعنى أنها أتت بالمبادىء العامة والقواعد الأساسية والخطوط العريضة التى تندرج تحتها

كافة القضايا والأحكام التى تتغير بتغير الزمان والمكان (نادية شريف العمرى ــ اجتهاد الرسول ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ ــ ١٩٨٥م ، ص ٦ ، ٧) .

ومن هنا كان منصب الاجتهاد فى الشريعة فرضاً على الأمة فهو واسطة الأمة فى تيسير شئونها وسبيلها فى الأحكام إلى شريعة الله .

وهناك جانب حيوى من الاجتهاد تشهد عليه نصوص القرآن وأحاديث التاريخ ألا وهو اجتهاد الرسول ﷺ وهو من مدرك الاجتهاد سر النواة وعصب الحياة وهو بذلك حرى بالبحث والتحليل ولذا أضفى عليه بصيصا من النور فى حدود ماتتسع له جنبات هذا السفر . وبد هى أن اجتهاد الرسول ﷺ لايكون إلا فيما لم ينزل به وحى ، فهو عنوان على بشرية النبى الأمى وإنسانيته

وقد اختلف الأصوليون فى جواز الاجتهاد للرسول عقلا وعدم جوازه على قولين :

قول بجواز اجتهاد الرسول ﷺ عقلا ولكن نفراً ممن قالوا بذلك وقفوا عند الجواز العقلى فحسب وذهب آخرون إلى أنه وقع فعلاً .

وقد توزع المُجَوّزون لوقوع الاجتهاد فعلاً على ثلاثة اتجاهات :

أ ــ أن الرسول كان يجتهد بمجرد وقوع الحادثة أو سؤاله دون انتظار الوحى .

ب ــ أن الرسول كان ينتظر الوحى إلى أن تمضى فترة الانتظار . وقد قدر البعض فترة الانتظار بثلاثة أيام وقدرها آخرون بخوف فوات الغرض .

ح ــ وتوقف البعض فلم يقطعوا بشىء .

كذلك اختلف المُجَوّزون فى محل الاجتهاد بمعنى هل يجوز الاجتهاد فى أمور الدين والدنيا أم فى أمور أيهما فحسب .

وقول يمنع الاجتهاد مطلقاً ويعتبر أن القول بجواز الاجتهاد للأنبياء كفر عظيم .

والقول عندى يتفق مع مذهب المُجَوِّزين ففى آيات القرآن الدليل الساطع على أن للرسول اجتهادا فى بعض الأمور . وأسوق مثلاً على ذلك من قوله تعالى « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » (التوبة / ٤٣) . ذلك أن هناك فريقاً من المسلمين تخلفوا عن الغزو بإذن من الرسول وكان الإذن لهم اجتهاداً منه ﷺ وإذن فالآية تدل على أن الرسول اجتهد فى واقعة بعينها لم ينزل فيها وحى . (نادية العمرى ـ المرجع السابق ، ص ٦١) .

ويمكن أن نصنف اجتهاد الرسول فى الأنواع التالية .

أ ــ الأمور الدنيوية كمسألة تأبير النخل .

ب ــ أمور الحرب كما حصل فى أسرى بدر .

ج ــ أمور العبادات كالأذان بوصفه وسيلة الإعلان عن الصلاة

د ــ الأقضية . وفى هذا يقول ﷺ « إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض » .

وحكم اجتهاد الرسول فيه رأيان :

أ ــ أنه جائز شرعاً ولكنه ليس بواجب ، ووجهة هذا الرأى أن للأحكام أصلا وهو الكتاب .

ب ــ أنه واجب عليه ، ووجهة هذا الرأى أن الأحكام مأخوذة من سنته إذا خلا الكتاب منها .

كذلك لم يتفق الفقهاء حول جواز الخطأ فى اجتهاد الرسول ولعل الأقرب إلى المنطق جواز أن يرد الخطأ على اجتهاد الرسول ولكنه لا يقر عليه لا سيما إذا تعلق الاجتهاد بغير أمور الدنيا .

ويذهب معظم الأصوليين إلى جواز تفويض الله سبحانه وتعالى لنبيه فى الوقائع التى ليس فيها نص . ولكن من قالوا بالجواز العقلى منعوا الوقوع ولم يقل بالوقوع إلا موسى بن عمران من المعتزلة (نادية العمرى ــ المرجع السابق ، ص ١٥٠) .

فرع ملحق
في
الإجماع

تعريف وتحديد :

إن استكمال الكلام عن مصادر القانون الإسلامى يتطلب منى أن أناقش قضية تتعلق بأصل ثالث يرتفع به بعض العلماء إلى مستوى المصدر يلى القرآن والسنة ، ذلك هو الإجماع . إن هذا الترتيب الذى تعارف عليه الجمهور له أسباب يذكرها الأصوليون وتتلخص — كما يقول الأسنوى — فى أن الإجماع فرع من القرآن والسنة . وهذا قول يصدق عندى على الاجتهاد أيضاً .

والإجماع هو الإعداد والعزيمة على الأمر وقوله تعالى « فاجمعوا أمركم وشركاءكم » أى وادعوا شركاءكم وأجمع من الألفاظ الدالة على الإحاطة وليست بصفة (ابن منظور — لسان العرب ، ح ١٨ ، ص ٥٧ — ٦٠) .

ويختلف الأصوليون فى تعريف الإجماع اختلافاً واضحاً وذلك يرجع إلى اختلافهم فى المسائل التى تتعلق بأركانه وشروطه وأحكامه . ويمكن أن نصنف الفقهاء — فى موقفهم من الإجماع — إلى ثلاث مدارس : مدرسة تؤيد الإجماع ومدرسة تنكره وثالثة لا تؤيده مطلقاً ولاتنكره مطلقاً .

نظرة مؤيدى الإجماع تأييداً مطلقاً :

والطريف أن أصحاب هذه المدرسة يختلفون فى تعريف الإجماع فهو عند البعض إجماع المجتهدين من أمة محمد ، وعند آخرين إجماع علماء الأمة أو إجماع أهل الحل والعقد . والمشترك بين هذه التعريفات هو إخراجها للعوام أى من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد ، فلا عبرة بموافقتهم ولا بمخالفتهم بناء على هذه النظرة (على عبد الرازق — الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٤٧ ، ص ٥ — ٧) .

« ونقل الآمدى فى الإحكام أن النظام عرف الإجماع بأنه هو كل قول قامت حجته حتى قول الواحد . قال الآمدى وقصد بذلك الجمع بين انكار كون اجماع أهل الحل والعقد حجة وبين موافقته لما اشتهر بين العلماء من تحريم مخالفة الإجماع » (على عبد الرازق — المرجع السابق ، ص ٩) .

ويبدو أن أكثر التعريفات قبولاً عند أنصار الإجماع هو أنه عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع . والتعريف على هذا النحو يشترط لتحقق الإجماع :

(١) أن يحصل الاتفاق بين المجتهدين ومؤدى هذا أن اتفاق غير المجتهدين لايشكل إجماعاً والبعض يستدل من ذلك على أنه لا عبرة بموافقة العوام ، ويقصد بالعوام — كما أسلفت — من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد لأن العامى يخلو فى معظم حالاته والأمة قولها حجة يستند إلى الاستدلال ولزوم الكل وهذا كفعل النظر .

(٢) اتحاد الزمن فى الإجماع ولكن البعض يتشدد فيشترط ان ينصرم عصر المجمعين . ومن الأصوليين من يرى أن الإجماع لا ينعقد فى زمن الرسول ﷺ وإنما بعد وفاته .

(٣) أن يكون على حكم شرعى بيد إن هناك من الفقهاء من يرى جواز أن يكون الإجماع على أى الأركان شرعيا أو عقليا أو عرفيا .

ويشرح الآمدى هذه الشروط فيقول « هذا وإن اتفاق العامى لا يعتبر فى الإجماع ، وإلا فالواجب أن يقال الإجماع عبارة عن اتفاق المكلفين من أمة محمد إلى آخر الذكور . فقولنا اتفاق يعنى الأقوال والأفعال والسكوت والتقرير . وقولنا جملة أهل العقد والعقد احتراز عن اتفاق بعضهم وعن اتفاق العامة وقولنا من أمة محمد احتراز عن اتفاق أهل الحل والعقد من أرباب الشرائع السالفة وقولنا فى عصر من الأعصار حتى يندرج فيه إجماع أهل كل عصر إلى يوم القيامة . وقولنا على حكم واقعة ليعم الإثبات والأحكام العقلية والشرعية » (الآمدى — الإحكام ، ج ١ ، ص ٢٨١ — ٢٨٢) .

واعتبر الإجماع مصدراً فى الأصول استناداً إلى الكتاب الكريم والسنة والنقل ، وانتقى من تلك الحجج :

١ ـــ قوله تعالى « ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » (النساء / ١١٥) . والآية صريحة فى أن من يتبع غير سبيل المؤمنين حكمه كحكم من يشاقق الرسول ويخرج على طاعته فهو إذن كافر . قد يكون لأنصار الإجماع بعض المنطق فى استنادهم إلى هذه الآية لو أنهم استطاعوا إثبات أن إجماعاً قد تم على نحو فعل شامل جامع كى يعتبر سبيلاً للمؤمنين لاتجوز مخالفته وهذا ماثبت على مر العصور أنه ضرب من الخيال . ويضيف الغزالى إلى ذلك قوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس » (البقرة / ١٤٣) « كنتم خير أمة أخرجت للناس » (آل عمران / ١١٠) « وممن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون » (الأعراف / ١٨١) . « واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا » (آل عمران / ١٠٣) . ووجه الاحتجاج بهذه الآيات أن الله قد عدل المؤمنين وجعلهم حجة على الناس فيما يقولون ، والشهادة على الناس تقتضى الإصابة كما أن الله أخبر عن خيريتهم بصفة التفضيل .

٢ ـــ تؤكد الآثار أن الأمة لا تجتمع على ضلالة وأن مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . واشتهر على لسان الثقات من الصحابة من نحو قول الرسول إن الأمة لا تجتمع على الضلالة وإن يد الله مع الجماعة وأن الرسول ﷺ أمر بلزوم جماعة المسلمين مما يحتج به فى أن إجماع المسلمين ملزم يقول الشافعى «مامعنى أمر النبى يلزم جماعتهم ؟ قلت : لا معنى له إلا واحد ـــ قال : فكيف لايحتمل إلا واحد .. ومن قال بما تقول به جماعة المسلمين فقد لزم جماعتهم ، ومن خالف ماتقول به جماعة المسلمين فقد خالف جماعتهم التى أمر بلزومها ، وإنما تكون الغفلة فى الفرقة فأما الجماعة فلا يمكن فيها كافة غفلة عن معنى كتاب ولا سنة ولا قياس إن شاء الله » (الشافعى ـــ الرسالة ، ص ٤٧٥ ـــ ٤٧٦) . « وعن ميمون بن مهران قال : كان أبو بكر الصديق إذا

ورد عليه حكم نظر فى كتاب الله تعالى : فإن وجد فيه مايقضى به قضى به وإن لم يجد فى كتاب الله نظر فى سنة رسول الله ﷺ فإن وجد مايقضى به قضى به فإن أعياه ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى فيه بقضاء ؟ فربما قام إليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا . وإن لم يجد سنة سنها النبى ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شىء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك فإذا أعياه أن يجد ذلك فى الكتاب والسنة سأل : هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء ؟ فإن كان لأبى بكر قضاء قضى به وإلا جمع علماء الناس واستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شىء ، قضى به . (ابن قيم الجوزية — أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر المطبعة المنيرية ، ج ١ ، ص ٧) . والقصة على هذا النحو تثير شكى لأنها تعنى أن أبا بكر وعمر كان يتجاهلان السنة — وهى مفسرة ومكملة — إذا كان هناك حكم فى القرآن ولا أحسب أن هذا موقف الرحلين من السنة .

والإجماع قد يكون إجماعاً واقعياً كالإجماع فى مذهب مالك وقد يكون ذاتيا إى إجماع المجتهدين فى مختلف أقطار الإسلام . كذلك قد يكون الإجماع سكوتيا وقد يكون إيجابيا .

ويمكن أن نقسم الإجماع من ناحية أخرى إلى : إجماع نقلى أى المنقول عن الكتاب والسنة وهو فى الحقيقة ليس إجماعاً بالمفهوم الفنى ، وإجماع عقلى وهو الإجماع عن طريق الاجتهاد .

ويرى كثير من القائلين بالإجماع أن من الضرورى ابتناء الحكم المجمع عليه على سند ظنى حتى يقبل الاجتهاد ويصبح الحكم المجمع عليه قطعياً بعد الإجماع فتزداد قوة السند ولا تصح مخالفته .

والإجماع عند القائلين به يعتبر حجه شرعية قطعية عند عامة المسلمين . ويتغالى بعض أنصار الإجماع فيذهبون إلى أن « الإجماع يجوز ناسخاً للكتاب والسنة .. » وتمسكوا بما روى من أن عثمان رضى الله عنه لما حجب الأم عن

الثلث إلى السدس بأخوين قال اس عباس رضى الله عنه كيف تحجبها بأخوين وقد قال تعالى « فإن كان له أخوة فلأمه السدس » والإخوان ليسا بأخوة ؟ ثم قال حجبها قولك ياغلام ، قول على حواز النسخ بالإجماع . ومع ذلك فإن سند عثمان لم يكن إجماعاً بالمعنى الدقيق وإنما اجتهاد بالمفهوم الفنى للفظ ، وهو محل نظر ولو أنه رأى صحابى جليل . والإجماع يخصص الكتاب والسنة كما يثبت من تخصيص آية القذف فإنها توجب ثمانين جلدة للحر مابعد وأوجبوا عليه نصف الثمانين » (على عبد الرازق ـ الإجماع فى الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربى ، ١٩٤٧ ، ص ٩٧ ـ ٩٩) . ويذهب الجمهور إلى أن الإجماع عن غير دليل حجة . واختلفوا فى تجويز إجماع على خلاف إجماع سابق ، فالبعض أحازه والبعض منعه .

ب ـ نظرة منكرى الإجماع :

يقف أحمد بن حنبل على رأس قائمة منكرى الإجماع فقد نفى وجود إجماع حقيقى وقال من ادعى ذلك فهو كاذب (رفيق العجم ـ الأصول الإسلامية ، المرجع السابق ، ص ١٢٢) . وبذلك قال بعض الخوارج والشيعة .

وحجة منكرى الإجماع تقوم أساساً على الأسانيد التالية :

١ ـ تعذر سماع الأخبار من كل فرد من أهل الحل والعقد أو مشاهدة فعل كل منهم لكثرتهم وتفرقهم فى البلاد ، ولذا يستحيل أن يكون الإجماع كليا فهذا فرض نظرى لم يتحقق حتى فى عصر الصحابة .

٢ ـ إذا كان اتفاق المجتهدين عن دليل قطعى فإن القطعى يغنى عن الإجماع وإن كان عن ظنى فإن الأخذ به ينافى طبيعة الناس فى اختلاف قرائحهم وتباين نظرتهم .

٣ ـ يعارض المنكرون للإجماع مأأورده المؤيدون من آيات بآيات أخرى مثل قوله تعالى « تبيانا لكل شيء » . (النحل / ٨٩) . فتبيان كل شيء لله وسنة رسوله ، والإجماع غير هذا .

وفى قوله سبحانه « فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول » (النساء/ ٥٩) فلم تذكر الآية الكريمة الإجماع . ثم إن النزاع غير الإجماع وهو يرد إلى الله وإلى الرسول .

كذلك يقول جلت قدرته ـــ « وأن تقولوا على الله مالا تعلمون » (البقرة / ١٦٩) . وقد تكرر معنى هذه الآية فى مواقع كثيرة من الكتاب الحكيم وهى تفيد جواز خطأ المجتهدين فإذا كانت حجية الإجماع قائمة على فرض عصمة الأمة ـــ أى مجتهدى الأمة ـــ فإن لفظ الأمة يجب أن يحمل على الأمة بمعناها العام متابعة لما ورد من نصوص مثل « عليكم بالسواد الأعظم » . « يد الله مع الجماعة فمن شذ شذ فى النار » .

وقد جرى مايؤيد ذلك فى عصر الصحابة فلم ينكر أحد منهم ابن عباس عندما خالف أكثر الصحابة فى مسألة العول ـــ مثل زوجة وبنين وأبوين تعول من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين (إذا اجتمع فى هذا المخرج فروض كثيرة بحيث لم تكف اجزاؤه فاحتاج إلى العول) .

ج ـــ نظرة من توسط فلم ينكر كلية ولم يثبت كلية :

وهنا نشهد أكثر من مذهب ولكنها تجتمع عند فكرة التوسط بين الإنكار والإثبات :

١ ـــ فالإجماع عند داود الظاهرى ـــ ويجاريه فى ذلك كثير من الفقهاء ـــ . هو إجماع الصحابة لأن الإجماع يكون عن توقيف والصحابة هم الذين شهدوا التوقيف .

٢ ـــ والإجماع عند الشيعة هو إجماع أهل البيت لا إجماع عامة المسلمين . وأهل البيت عندهم هم : على وفاطمة والحسن والحسين لقوله تعالى : « إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا » (الأحزاب / ٣٣) . فنفى بذلك عنهم الخطأ والضلال لأنها من الرجس . وقول الرسول « إنى تارك فيكم الثقلين فإن تمسكتم بهما لن تضلوا : كتاب الله وعترتى » .

٣ ـــ الإجماع عند البزدوى وآخرين هو على مراتب ، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر . وإجماع من بعدهم مثل المشهور من الأحاديث . والإجماع الذى سبق فيه الخلاف فى العصر السابق بمنزلة خبر الواحد .

٥ ـــ ويحصر الشافعى الإجماع فى الفرائض الرئيسة فقط دون الفروع فيما لا يسع مسلماً أن يخالفه ، يعنى المعلوم من الدين بالضرورة . وقد رفض الشافعى صراحة مايسمى بالإجماع السكوتى ذلك أنه يكون فى الفروع والفروع عند الشافعى تخرج عن الإجماع . فإن أخذنا بقول الشافعى فإن المسلمين جميعاً ـــ وليس خاصتهم فحسب ـــ يعتبرون أهلا للإجماع لأن المسلمين جميعا ـــ المجتهدين منهم والعامة ـــ يعلمون بمجمل الفرائض التى كلف بها المسلم . وفى قول آخر فإن الإجماع عند الشافعى ليس هو الإجماع الذى يتكلم عنه الأصوليون . ولعل هذا المعنى لم يكن واضحا عند فضيلة الشيخ أبى زهرة إذ ذهب إلى أن الشافعى لايعتد إلا بإجماع العلماء (البلتاجى ـــ مناهج التشريع ، المرجع السابق ، ص ٧٢٨) . ولعل للفقيه عذره لأن معالجة الشافعى للإجماع تتسم بالتردد وتعدد المواقف .

٥ ـــ أما الإجماع عند مالك فهو إجماع أهل المدينة . ورأى مالك هذا هو البذرة الأولى التى نبتت منها فكرة الإجماع الأصولى بعد ذلك .

الإجماع (رأيى الخاص) :

إننى اكتفى بالتلميح إلى معضلات قضية الإجماع لإظهار أن القضية أكبر من أن تؤخذ على عواهنها وأوجه عنايتى لما يتعلق من القضية بهذه الدراسة والحق إن مايتصل ـــ فى نظرى ـــ بهذه الدراسة من قضية الإجماع هو تحديد وضع الإجماع من أصول الشريعة الإسلامية . والقول عندى إن الإجماع ـــ بمعنى إجماع العلماء والخاصة ـــ ليس مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية. وإنما هو دليل ثم إنه ليس دليلاً مستقلاً وإنما هو صورة من صور الاجتهاد

الفقهى يتعدد فيه الفقهاء الذين يجمعون على رأى واحد . وتبعاً فإنه قد يختلف عن الاجتهاد الفقهى الفردى فى الدرجة ولكنه لايختلف فى الطبيعة من حيث ان رأى الجماعة هو عادة ــ وليس لزاما ــ أفضل من رأى الفرد . والاطمئنان إليه هو فى أغلب الأحوال أقرب إلى النفس والعقل من الاطمئنان إلى رأى الفرد . وحجتى فى استبعاد الإجماع كمصدر ثالث للأحكام الشرعية تقوم على المحاذير التالية :

١ ــ لم يتفق فقهاء المسلمين ــ كما أسلفت ــ على المقصود بالإجماع الذى يتكلمون عنه فكيف نعتمد مصدراً هو فى ذاته محل خلاف من حيث الوصف والتحديد ــ ثم إن العمل بالمدينة لم يكن موحداً وقد تعددت فيها الممارسات بتعدد آراء الفقهاء فى المسألة . وهذا ماأخذه الشافعى على نظرة مالك فى الإجماع (أنظر محمد التاجى ــ مناهج التشريع الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى ــ المجلد الثانى ــ الرياض ، مطابع نجد سنة ١٩٥٧ ، ص ٦٠٥) .

٢ ــ ثم إن الآية ٣٣ من سورة الأحزاب نزلت فى نساء النبى ــ أما قول الرسول عن عترته فلا يعول عليه فى الاستنباط وهذا الفهم مردود لأن الصحيح فى الحديث هو أنه ترك سنته مع كتاب الله وليس عترته بمعنى أهله وأسرته .

٣ ــ « ونفى ابن حنبل وجود إجماع حقيقى وقال من ادعى ذلك فهو كاذب واحتج من ذهب مذهبه على تعذر سماع الأخبار من كل فرد من أهل الحل والعقد أو مشاهدة فعل كل منهم وذلك لكثرتهم وتفرقهم فى البلاد » (رفيق العجم ــ الأصول الإسلامية ، المرجع السابق ، ١٩٨٣ ، ص ١٢٢) . كما أن الفتوى فى الفروع تخرج ــ عند الشافعى ــ عن الإجماع فضلاً على أن كلا ينسب إليه قوله وعمله (الشافعى ــ الأم ، ج ١ ، ص ١٣٤) .

٤ ــ يستحيل أن يكون الإجماع كلياً فهذا فرض نظرى لم يتحقق فى عصر

من العصور ، ومن ثم فلم نشغل أنفسنا بتصور لا واقع له . ويقول البعض إن الإجماع الكلى تحقق فى عصر الصحابة ولكن هذا القول مبالغ فيه . وإذا كان الشافعى قد أنكر الإجماع على أهل المدينة وحدها فكيف يتوفر الإجماع للصحابة وقد انتشروا فى مختلف البلاد والأمصار . وحتى إن صح أن الإجماع تحقق فى عهد الصحابة فهو قد اصبح ذا قيمة تاريخية وليس من المقبول أن نجعل مما تحقق فرضا من إجماع نصا له قوة الإلزام مع اختلاف الزمان والمكان وإلا كان معنى ذلك أن الصحابة قد ورثوا عن الرسول سلطة التشريع الدينى وهذا قول بادى الخطأ وقائله مارق عن الدين .

٥ — إزاء استحالة أن يكون الإجماع كليا ليكون إجماعاً أخذ البعض بمبدأ الأكثرية فى صحة الإجماع وبحق الاقلية فى الاعتراض اعتماداً على أنه ضرورة عصرية لطبيعة كثرة الناس وتضارب مصالحهم . وإنى لأعجب من هذا الرأى الذى يريد أن يفرض باسم الإجماع رأى الأكثرية على الأقلية وإن أعطى للأقلية حق الاعتراض ، ذلك أنه لايعطيها حق الانفراد . وأتساءل كيف يمكن أن يكون هذا المنطق هو منطق النظرية الإسلامية وبأى معيار نقيس الأكثرية أهى الأغلبية العددية أم الأغلبية الموصوفة أم كيف . فإن قلنا إن الاعتراض يعنى أن لكل رأيه وله أن يتبعه دون أن يلتزم برأى الأكثرية لكان ذلك إهداراً لرأى أصحاب هذه النظرية إذ ماذا يعنى الإجماع إذن وماقيمته ؟ لقد قدمت أن رأى الواحد قد يكون أحياناً أفضل من رأى الأكثرية . والمتصور فى ذلك مخالفة أبى بكر لأكثرية الصحابة الذين اجتمعوا على امتناع قتال مانعى الزكاة . ومن ثم فرأى الأكثرية ليس دائماً بالرأى الأصوب ، بل ان الأكثرية فى القرآن قد تكون على خطأ فى الرأى كما فى قوله تعالى « لقد جئناكم بالحق ولكن أكثركم للحق كارهون » (الزخرف / ٧٨) ، والكثرة ليست دائماً مميزة كما فى قوله سبحانه « قل هل يستوى الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة الخبيث » (المائدة / ١٠٠) وكقوله عز من قائل « ولقد ضل قبلهم أكثر الأولين » (الصافات / ٧٨) .

٧ ــ الآية التى يستشهد بها انصار الإجماع فى شأن مشاققة الرسول وعدم اتباع سبيل المؤمنين هى كما قال العراقى ــ لاتدل على الغرض المطلوب فإنها واردة فيمن يقاتل الرسول ويخالفه ويتبع غير سبيل المؤمنين .

٨ ــ لقد خصص القائلون بإجماع العلماء لفظتى « الجماعة » و « الأمة » التى جاءت فى الأحاديث الشريفة بغير مخصص . والقاعدة الأصولية أن النص يتسم بمفهوم عبارته مالم يقم دليل على مفهوم آخر . وحجة هذا الفريق من العلماء التى قدمها فى رفض قول العامى يرد عليها بأن الاستدلال ولو كان من عمل العلماء والخاصة إلا أنه لا يمنع عن العامة الفهم والموافقة والاطلاع ، وأن العامى قد لايصيب الرأى منفرداً ولكنه مع غيره من العامة والخاصة يصيب ويجعل الإجماع حجة لأن الأمة معصومة . والحق عندى أن الإجماع الذى تتكلم عنه الأحاديث الشريفة هو إجماع الأمة أو الجماعة بمعناها الواسع أى شاملة للعالم والعامى معاً . فعندما نقول بأن يد الله مع الجماعة لا نخص بذلك العلماء ، وإنما ينصرف ذلك إلى المسلمين كافة حتى يكونوا كالبنيان يشد بعضه بعضاً ولا يكونون جميعاً وقلوبهم شتى « إن هذه امتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » . إنها دعوة إلى التضامن الإسلامى وليست تحزباً لارستقراطية علمية وبذلك تكون أمة وسطاً تشهد على الناس ولذلك حفظ الله إجماعها عن الضلالة وأبقى الخير فيها إلى يوم القيامة .

وإنى لأزكى موقف ابراهيم سيار النظام فى انكاره لحجة الإجماع من حيث أن الحكم المجمع عليه لو كان مستنداً إلى دليل قطعى لكان الدليل ذاته هو الحجة وإن كان مستنداً إلى دليل ظنى لم يتحقق الإجماع لاختلاف الناس فى استنباط الأحكام .

إن كل ماقدمه أنصار الحجة التى تحصر الإجماع فى العلماء من أسانيد هى بين أن تكون بعيدة عن تزكية هذا الرأى وبين أن تكون دليلاً على حجية العرف بوصف أن العرف هو فى الحقيقة إجماع الأمة بمفهومها الأشمل . ولكنى أرفض بشدة القول بأن إجماع مجتهدى الأمة ــ حتى لو تحقق ــ يمكن أن

ينسخ حكما فى القرآن أو الحديث لأن هذا يعنى إضفاء سلطة التشريع على مجتهدى الأمة وكأننا نجعل من هؤلاء سلطة تصدر نوعا من القانون الكنسى (كما تزعم الكنيسة) . لقد انقطع التشريع بوفاة الرسول وتوقف مصدره الربانى عن النزول واقتصرت أحكامه فى الكتاب والحديث ، ولو أننا أخذنا بهما — كما قال الرسول ﷺ — فإننا لن نضل أبداً .

إن القول بأن الإجماع مصدر للشريعة يعنى أن علماء المسلمين ورثوا سلطة التشريع بعد وفاة الرسول . وهذا قول بادى الخطأ ولا يمكن لمسلم أن يقبله . ومادام أن الإجماع ليس مصدراً فإنه يصبح دليلا وهو كدليل يستحيل أن يتحقق على سبيل اليقين ولذا لا يبقى فيه إلا أن نلحقه بالاجتهاد فيكون اجتهادا جماعيا .

والرأى عندى — بعد ماقدمت — أن اتفاق أكثر الفقهاء يجوز أن يكون حجة بوصفه اجتهادا جماعيا ولكنه ليس إجماعا . أما الإجماع فى فهمى فهو فهو إجماع الأمة أو الجماعة وعندئذ يدخل فى حكم العرف أو العادة على نحو ماأوضحته فى حينه .

إن اعتراضى على مدرك الإجماع بالمفهوم التقليدى لا ينصب أساساً على إمكانية حصوله أو تعذر ذلك لأن هذا اعتراض واقعى ، وإنما الذى يستهمنى فى القضية هى الحجية التى يرتبها الفقه الكلاسى على الإجماع إلى حد أن بعض الآراء اشتط فزعم أنه يمكن أن ينسخ حكماً فى الكتاب أو السنة وأن حجيته لا تحتاج إلى دليل . والذى نفسى بيده إن هذا القول باطل فما كان لقول بشر — بل والناس جميعاً ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا — أن يعارض حكماً أنزله العلى القدير فى كتابه الكريم أو على لسان نبيه الأمين . وكل ماقد يكون للإجماع من قدر يصح أن يتميز به عن اجتهاد الآحاد هى القيمة الأدبية التى يتمتع بها رأى الأغلبية — أو حتى الكل — بالقياس إلى اجتهاد الآحاد .

إن الإجماع — على فرض حصوله وهو فرض نظرى بحت فى رأيى — لايمكن أن يرقى إلى مرتبة المصدر لأنه اجتهاد بشر . فكيف نعته بالحجة البالغة

والله تعالى يقول « قل فلله الحجة البالغة » (الأنعام / ١٤٩) .

والواقع أن هذا الفرض إنما يصدر عن مسلّمة خاطئة وهى أن علماء المسلمين إذا اجتمعوا على أمر فقد جمعوا الحقيقة العلمية التى لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها وينسى أن العليم هو الله ويغفل قوله عز من قائل « وماأوتيتم من العلم إلا قليلا » (الاسراء / ٨٥) .

ولذا نجد آيات تتحدى أن يكون الإجماع دائماً — من حيث هو إجماع — كاشفاً عن الرأى السليم . من ذلك قوله تعالى « نبئونى بعلم إن كنتم صادقين » (الأنعام / ١٤٣) وقوله سبحانه « قل هل عندكم من علم فتخرجوه لنا » (الأنعام / ١٤٨) . فإن قيل إن الآيتين تخاطبان غير المؤمنين قلت إن الاستشهاد هنا هو بتحدى الإجماع البشرى عن أن يصل إلى الحقيقة المؤكدة . وتاريخ الحضارات شاهد على أن علماء عصر من العصور قد يجمعون على رأى ثم يتضح بعد ذلك — فى عصر تال — أنه رأى خاطىء .

ولذا فإنى لا أجد حرجاً فى القول بأن الأصوليين الذين ذهبوا إلى أن الإجماع مصدر ثالث للشريعة الإسلامية لعلهم قد تأثروا فى تكوين رأيهم بالفقه الرومانى الذى ورد إليهم العلم به من بيزنطة . وأشير هنا إلى ماأسلفت عن امتياز الفتوى الذى منحه هادريان لفئة من الفقهاء ثم إننا لانستطيع أن ننكر أن الأصوليين قد تأثروا بالأعمال العقلية اليونانية إذ تم الاتصال الثقافى بين الحضارتين الإسلامية واليونانية عبر انتقال نتاجات اليونان على يد السريان فشاع الأخذ بالمنطق اليونانى وأساليبه .

ولو أن الإجماع كانت له هذه الحجية لما أغفل القرآن الكريم — وهو الذى لم يفرط فى شىء — فى تنبيه المسلمين صراحة إلى ذلك حتى يكون الإجماع لهم هداية بعد انقطاع الوحى ولما ضن عليهم بهذه المنة حتى تبقى لله على عباده الحجة . ولما كان القرآن الكريم صريحاً فى أن الحجة تثبت بإرسال الرسل وليس بإجماع العلماء « وماكنا معذبين حتى نبعث رسولاً » (الاسراء / ١٥) .

المبحث الثالث

في

أدلة قانون السلام الإسلامي

فرع تمهيدي

تعداد الأدلة :

يختلف فقهاء الشريعة حول أدلة الشريعة الإسلامية خلافاً كبيراً . ولما كنت لا أنتوى أن اقحم هذه الدراسة فى معميات أصول الفقه لأنى ماقصدت بها إلا عرضاً عصرياً للنظرية الإسلامية فى السلام فإنى أبدا بمناقشة عاجلة لما يقول به فقهاء القانون الدولى الوضعي بغية المقارنة . وكما أنى نعدت بالبحث عن جدل علماء الأصول فإنى أبعد به كذلك قدر الإمكان عن مشاحنة فقهاء القانون الدولى ولذا اتخذ من المادة / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ــ التى تحدد للمحكمة الدولية أدلة القانون التى تطبقها ــ هاديا وأساسا للمعالجة .

تقسم المادة ٣٨ الأدلة إلى قسمين رئيسين . قسم يتضمن الأدلة الأصلية ، وهى المعاهدات والعرف والمبادىء العامة . وقسم يحتوى الأدلة الثانوية وهى أقوال كبار الفقهاء وأحكام القضاء .

والرأى عندى أن النظرية الإسلامية قلبت هذه التقسمة رأساً على عقب فما تعده مادة نظام المحكمة أدلة ثانوية يعتبر فى النظرية الإسلامية أدلة رئيسة بل لعله أهم الأدلة الرئيسة فى مفهوم النظرية الإسلامية . ذلك أن استنباط الأحكام فى النظرية الإسلامية هو أصلا من صناعة الفقهاء والقضاء . ولذا فإن الكلام عن الأدلة إنما يبدأ بمناقشة الفقه ودوره فى صياغة الأحكام . ولما كانت الأدلة التى جاءت بها المادة ٣٨ السالفة تندرج جميعاً ــ كما أبين بعد قليل ــ تحت مفهوم الاجتهاد ولا يشذ عن ذلك عندى إلا دليل واحد هو ماأسمته المادة « المبادىء العامة » التى تقرها الدول المتمدينة فإنى أرى أن اعرض لهذا الدليل بكلمة لنرى ماإذا كان لمفهومه الزمنى المعاصر معنى يختلف عن مفهومه فى النظرية الإسلامية .

المبادىء العامة فى الفكرين العربى والإسلامى :

والحق أن اعتماد المبادىء العامة للقانون أصلاً شرعيا ومقبولا يثير خلافاً فى القانون الدولى المعاصر ولكننى كما قدمت أوجزه هنا لأحصر نفسى فى شرح مفهومى للتعبير كما جاء فى نظام محكمة العدل الدولية أساسا للمقارنة .

المبادىء العامة :

أن أول مايتبادر إلى الذهن عند شرح مدلول « المبادىء العامة » . هو أن هذه المبادىء هى أصلاً المبادىء الجوهرية فى القوانين الداخلية للدول والتى لقيت قبولاً عاماً فى كل دولة على حدة ومن ثم فإن اعتبارها ـ بهذه الشروط ـ قاعدة من قواعد القانون الدولى يبدو أمراً مبرراً . وهذا هو الفهم الغالب على الفقهاء الوضعيين .

وتقابل هذه النظرة نظرة أخرى ترى فى المبادىء العامة قانوناً مشتركاً للأمم [illegible] جميعاً وقانونا بين الشعوب كذلك بوصف أن كلا من القانونين هو انعكاس للآخر . فأصحاب هذا الاتجاه يعتبرون أن المبادىء العامة عبارة عن مسلمات تتكون من عدد من القواعد التى لا غنى للنظام القانونى عنها ، وتلك الضرورة هى مبرر وجودها . إن المبادىء العامة عند أصحاب هذا الرأى تنبع من الضمير العالمى إذ تعترف بها جميع الدول بطريقة ثابتة وأساسيه . على أنه لا يكفى فى ذلك اعتراف غالبية الدول بالمبدأ أو حتى اعترافها جميعاً به بل يشترط أن يكون هذا المبدأ صالحاً بطبيعته لأن يطبق على الجماعة الدولية مثل مبدأ الإثراء غير المشروع . وهذه نظره لاتخلو من وجاهة بيد أنها تتسم بخصيصة تحكمية لأنها تقصر عن تزويدنا بطرائق مقبولة نستشف منها تلك المسلمات .

أما أنا فأرى أن نقطة الانطلاق فى فهم مدلول الاصطلاح هى التفرقة بين المبدأ والقاعدة ، ذلك أن المبدأ هو الكل أو التصور العام المجرد للفكرة أما القاعدة فهى التطبيق التفصيلى لهذا التصور المجرد ، وهذا مانقرأه فى قواميس

اللغة العربية بل واللغات الأجنبية فى شرح لفظة « المبدأ » فهى تجمع على أن المبدأ هو بمعنى الأصل والمصدر والتصور العام للسلوك . والمثال يوضح ماأقول — يتكلم الفقهاء عن حسن النية فى العلاقات القانونية ولكن حسن النية هذا مبدأ لأنه يعبر عن فكرة عامة مجردة ، أما الحكم الذى يقرر بطلان تصرف شابه غبن بنسبة معينة فهو قاعدة لأنها تطبيق محدد العلامات للمبدأ العام الذى يقضى برعاية حسن النية فى المعاملات . ومن ثم فإن المادة عندما تتكلم عن المبادىء العامة إنما تقصد التصورات القانونية العامة المجردة وليس التطبيقات التفصيلية لتلك الأفكار . فإذا أضفت إلى ذلك حقيقة أخرى وهى أن فلسفة القانون فى معناه الشامل إنما تبنى على مدركات واحدة وأن التطبيقات — فى الفروع المختلفة للقانون — هى التى تختلف فى الشرح والتفصيل فإن مؤدى ذلك أن المبادىء الجوهرية فى مدرك القانون لابد أن تكون متماثلة بالنسبة لكافة النظم القانونية ، فلا يتصور مثلاً أن أى نظام قانونى مهما كانت فلسفته يمكن أن يجعل من سوء النية مبدأ يحترم أو أن يرتب حقاً يتمسك به سيء النية ذلك أن حسن النية هو من المبادىء الجوهرية التى لايمكن أن ينكرها أى نظام قانونى ، ولكن تطبيقات هذا المبدأ العام قد تختلف من نظام لآخر بل ومن فرع فى القانون لفرع آخر .

أما والأمر هو ماقدمت فإن المبادىء العامة التى تتكلم عنها المادة ٣٨ تكون عبارة عن تصورات قانونية عامة مجردة تشترك فيها نظم القانون المختلفة لأنها هى الدعامة الجوهرية اللازمة لتكامل البناء القانونى أيا كان من حيث أن هذه المبادىء إنما تستمد فى الحقيقة من ضمير الشعوب . بيد أن هذا القول يحتاج إلى شيء من التحديد . ذلك أننا إذا اتفقنا على أن مقصود المادة هو ماأسلفت فإن هذا يتطلب معياراً لتحديد أى المبادىء العامة هى التى تختار ، ذلك أن المبادىء العامة التى تصلح للفكر القانونى تتعدد وقد تختلف بين زمان وزمان فالرق مثلاً كان أحد المبادىء العامة للفكر القانونى القديم ومن ثم كان من المقبول أن نشهد أحكاما قانونية تنظم الوضع القانونى للأرقاء أما اليوم وقد اختفى الرق من البناء القانونى فقد اختفى المبدأ الذى يجيز الاسترقاق واختفت

معه القواعد التى تفصله . وهنا تقول المادة / ٣٨ إن المبدأ لا ينتقل إلى العلاقات الدولية إلا إذا انتقته الدول المتمدينة وارتضته لأداء ذلك الدور . وهذا المعيار هو الذى قصدت إليه المادة عندما قيدت المبادىء العامة بأن تكون هى تلك التى أقرتها الدول المتمدينة . وإذن فإقرار الدول المتمدينة هى وسيلة اختيار أى المبادىء هى التى تطبق وليس أداة لخلق تلك المبادىء لأن المبادىء العامة قانون طبيعى تستهديه الإرادة الشارعة . وقد رويت اقوال شبيهة عن الشافعى وابن حبيل ، وماجاء اختلاف الفقهاء إلا نتيجة منطقية لحرية الرأى والاجتهاد .

إن تصور المبادىء العامة على النحو الذى اسلفت يخرجها عن أن تكون دليلاً ويرتفع بها إلى مستوى المصدر فهى الحكمة الحاكمة على النظم القانونية والسنن الإلهية التى يتعرف عليها العقل البشرى وحياً أو اجتهاداً . وناحية الدليل فى تلك المبادىء العامة ، لا تتوافر إلا اذا توصل إليها العقل عن طريق الاجتهاد وعندئذ يكون دور العقل ــ أو الاجتهاد ــ هو فى استنباط تفاصيل وتطبيقات تلك المبادىء . وفى قول آخر فإن المبادىء العامة هى بمثابة النصوص الأصلية والاجتهاد هو فى التعرف على فروعها الفرعية . ولامراء فى أن المبادىء العامة ــ بهذا المعنى ــ هى فى قانون السلام الإسلامى سنة الله فى شريعته الغراء مقابل ماستوحاه العقل البشرى من مدركات ثابتة فى القانون الدولى المعاصر . ولكن هل تصلح هذه المبادىء العامة ــ فى النظرية الإسلامية ــ لتحكم العلاقات الدولية ؟ .

قلت إن هذه المبادىء هى من سنن الله الطبيعية ومن ثم فإن من تلك المبادىء مايحكم أو يصلح لأن يحكم علاقات الدول الإسلامية بعضها بالبعض الآخر لأن سنة هذه الدول هى سنة الله وتبعا فهى جميعاً تدين فى علاقاتها بالطاعة لتلك السنن الإلهية . وإذن فالدول الإسلامية تحكمها ــ حيال بعضها البعض ــ مبادىء عامة ليست من خلق إرادتها وإن جاز أن يكون لها دور فى صياغتها .

ولكن هل يمكن أن تكون هناك مبادىء عامة تجتمع عندها الدول الإسلامية وغير الإسلامية فى علاقاتها ؟ يجيب المسلم المتحمس بأن أحكام الديان تصلح لكل زمان ومكان ومن ثم فإن المبادىء العامة — وهى سنة الله — تصلح لأن تحكم العلاقات الدولية قاطبة ولو اختلفت عقائد الدول . بيد أن من يريد أن يأخذ الأمر بمنطق زمنى يقول ماقاله أرسطو من أن مايصدر عن الطبيعة واحد فى كل مكان فالنار تحرق فى اليونان على النحو الذى تحرق به فى فارس غير أن اليونان يستخدمونها والفرس يعبدونها . وعلى هذا فإن مكنة اجتماع الدول — بغض النظر عن عقيدتها — حول مبدأ عام بذاته ليس أمراً مستحيلاً ولكن هذه المكنة لا تتحقق إلا إذا أقرت الدول التعامل بمقتضى ذلك المبدأ . وهنا أقول إن الذى يستعرض المبادىء العامة التى تقرها الدول المتمدينة اليوم ينتهى إلى تأكيد أن المبادىء العامة التى تنطوى أو يمكن أن تنطوى عليها النظرة الإسلامية تصلح جميعها لحكم العلاقات الدولية أيا كانت عقيدة الدول صواحب العلاقة والحكم . قد يقال إن العكس غير صحيح بمعنى أن النظرية الإسلامية لا يمكن أن تتقبل كافة المبادىء التى تقرها الدول غير الإسلامية ، وهذا قول لا اعترض عليه من الناحية النظرية ولكننى جاهدت نفسى فى العثور على مبدأ عام من المبادىء التى أقرتها أو تقرها الدول « المتمدينة » المعاصرة فلم أجد فيها مبدأ يمكن أن ترفضه النظرية الإسلامية ، هذا إذا لم يغب عنا ماقدمت من أن المبدأ المبدأ العام تصور عام مجرد . إن الذى يمكن أن تلفظه النظرية الإسلامية — فى علاقاتها بالدول غير الإسلامية — هو بعض تطبيقات أو تفصيلات المبدأ العام وليس المبدأ العام فى ذاته . وأضرب لذلك مثلاً بالمبدأ العام الذى قضى بإقرار المساواة بين الرجل والمرأة . إن هذا المبدأ عندى هو من المبادىء التى يقرها كل من القانون الدولى وقانون السلام الإسلامى غير أن تفاصيل المساواة قد تختلف فى بعض الجزئيات بين النظرية الإسلامية والنظرية الزمنية المعاصرة . كذلك الأمر فى مبدأ الحد الأدنى فى معاملة الاجانب فالنظرية الإسلامية — فى رأيى — تقر هذا المبدأ إلا أن مفهوم الحد الأدنى — وهو أيضاً محل خلاف بين الدول المعاصرة — قد يكون له معنى فى النظرية الإسلامية لا يتفق مع نظرة عدد من

دول الجماعة الدولية المعاصرة . وهكذا أخلص إلى أن النظرية الإسلامية والنظرية الدولية المعاصرة يلتقيان عند المبادىء العامة التى تصدر عنها أحكام وقواعد كل من النظرتين ولا يثور الخلاف بينهما إلا حول تفاصيل التطبيق ، وهو خلاف لا يفسد للود قضية بل إنه اليوم هو العادة الجارية فى العلاقات الدولية . والمنصف المدقق لابد أن ينتهى إلى أن المجال ليس مجال توافق فحسب بل إن من المبادىء ماسبقت به النظرية الإسلامية فضلاً على مافى جعبة النظرية الإسلامية من كنوز مدخرة يمكن أن تكون هدية هادية وتحفة غالية للعمل الدولى المعاصر .

صور الاجتهاد :

قلت إن م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية تحتوى على قسمين من الأدلة : أدلة أصلية هى المعاهدات والعرف والمبادىء العامة ، وأدلة ثانوية هى أقوال الفقهاء وأحكام القضاء .

والنظرة المدققة لتلك الأدلة تنتهى إلى مايلى :

١ ـــ المعاهدات ـــ بمعنى التشريع الدولى ، والعرف كقانون دولى ، هما دليلان على الإرادة الدولية الشارعة الأصيلة ، وهى إرادة الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولى ـــ التى تملك سن القوانين الدولية . أما النظرية الإسلامية فتعتبر أن المعاهدة دليل على إرادة شرعية ثانوية أو مستمدة ، لأن الإرادة الشارعة الأصيلة فى النظرية الإسلامية ـــ كما أفصل فى موقعه من هذه الدراسة ـــ هى لله تعالى . أما العرف فليس دليلاً كما أبين .

٢ ـــ الفقه والقضاء دليلان ثانويان فى حين أنهما فى الشريعة الإسلامية يعدان دليلين رئيسين عليهما بنيت النظرية الإسلامية وبهما استقامت مفاهيمها .

لقد أسلفت أن النظرية الإسلامية قلبت هذه التقسمة رأساً على عقب فما تعده مادة نظام المحكمة أدلة ثانوية يعتبر فى النظرية الإسلامية أدلة رئيسة بل

لعله أهم الادلة الرئيسة فى مفهوم النظرية الإسلامية ، ذلك أن استنباط الأحكام فى النظرية الإسلامية هو أصلا من صناعة الفقهاء والقضاء . ولذا فإن الكلام عن الأدلة إنما يبدأ عادة بمناقشة الاجتهاد ودوره فى صياغة الأحكام .

إن للاجتهاد فى النظرية الإسلامية عدة صور هى التى تتفرع إليها أدلة القانون المختلفة وحجتى فى قولى هذا هى الآية الكريمة « وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » (النساء / ٨٣) .

إن الآية صريحة فى أن الاستنباط هو دليل معرفة الاحكام ، وفى قول آخر فإن الآية تجمع كافة أدلة الاحكام فى دليل واحد هو الاستنباط : والاستنباط هو الاجتهاد . ومن ثم فإن ولى الأمر فى أى موقع كان ليس أمامه ـــ ان إراد أن يستدل على حكم ما فى أمر من الأمن أو الخوف ـــ أى فى مختلف نواحى السياسة الشرعية ـــ أن يتحرى الاستنباط أو الاجتهاد ليتعرف على ذلك الحكم . ولذا أعود فأقول إن الاجتهاد هو الدليل الأوحد على الاحكام فى نظرية الإسلام . وأن الأوصاف المختلفة للأدلة إن هى إلا تفريعات عن الأصل وتقسيمات للكل .

فإذا كان المجتهد فقيها فهو اجتهاد فقهى وإن كان حاكماً فهو اجتهاد سلطانى وإن كان قاضياً فهو اجتهاد قضائى وإن كان سلوك الأمة فهو ليس باجتهاد وإنما هو العرف . وهكذا فإنى اقابل أدلة م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية بما يعادلها فى النظرية الإسلامية ـــ حسب رأيى الذى اسلفت إيجازه ـــ على النحو التالى :

١ ـــ المعاهدات ، هى الاجتهاد السلطانى ، بيد أن البعض يدخل فى الاجتهاد السلطانى التشريعات القانونية والقرارات الحكومية وهذه هى فى تقديرى أدلة تخرج عن دائرة القانون الدولى وتتعلق بأحكام القانون الداخلى .

٢ ـــ أحكام القضاء ، وهى الاجتهاد القضائى .

٣ ـ آراء كبار الفقهاء ، وهى الاجتهاد الفقهى .

أما العرف فدليل يسترشد به الفقيه للوصول إلى حكم مالانص فيه من المسائل ، ويتوصل به إلى فهم المراد من النصوص وألفاظ المتعاقدين ، ويستعين به لتخصيص عموم بعض العبارات وتقييد المطلق منها ، ويجعله حكماً فصلاً فى بعض الحالات لقبول أقوال أحد المتخاصمين عند انعدام البينه لدى أى منهما ، ويستند إليه فى رفض بعض الدعاوى ، وفى اعتبار بعض الشروط التى تبنى عليه . وقد احتكم إليه فقهاء المذاهب جميعا بين موسع ومضيق (نظام الدين عبد الحميد ـ المرجع السابق ، ص ١٤٢ ـ ١٤٣) ، ولذا فإنى أخرجه من مدلول الآية الكريمة لأنه ليس استنباطاً وإنما اتفاق على مصلحة عامة أثبتت الأحداث وحسن العلاقات ـ حاجة الناس إليها وسلامة تعاملهم على أساسها وهو أقرب مايكون إلى الأدلة الثانوية فى مفهوم م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية .

وأريد هنا وقد استخدمت لفظة « رأى » أن ادفع شبهة قد تثور لأن علماء الاصول يفهمون الرأى على أنه القياس بأوسع معانيه وهم بهذا المعنى يسمون أهل العراق بأهل الرأى واكثر اهل الحجاز بأهل الحديث (الخضرى ـ تاريخ التشريع الإسلامى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ـ مصر،١٣٦٩،ص ١٣٦) . هكذا تكونت لأول مرة بعد الصحابة فرقتان : أهل الرأى وأهل الحديث ، وبتكوينهما على تلك الأسس تكونت أسباب النزاع فيما بينهما . ولكنى لست من أنصار هذه التفرقة فالرأى فى مذهبى هو الرأى كما كان عند الصحابة ، أى الحكم بناء على القواعد العامة للشريعة . والحق أن الاجتهاد والرأى والعقل عندى كلها مترادفات فى هذه الدراسة وإن كان الاجتهاد من حيث هو أعلمها وأعمها .

ولما كانت المعاهدات وأحكام القضاء وآراء كبار الفقهاء هى اجتهاد المتخصصين ـ على خلاف العرف الذى هو سلوك يصدر عن ضمير الأمة ورأى تتفق عليه جماعة المسلمين ـ فإن الاجتهاد فى صوره جميعاً ـ عدا

العرف ـــ يحتاج إلى مجتهد أو جماعة من المجتهدين . ولابد للمرء كى يقتعد مقعد المجتهدين من أن تتوافر فيه صفات معينة وأن تكتمل عنده متطلبات لازمة ـــ والحق أننى أدرجت العرف ضمن أدلة الأحكام لأنى ـــ كما قدمت ـــ أعارض القول بأن الإجماع مصدر من مصادر قانون السلام الإسلامى ، ومن ثم فإننى أستعرض بعد قليل كلا من الاجتهاد الفقهى والقضائى وكذا العرف . ثم أناقش الاجتهاد السلطانى فى باب تال .

ويطيب لى أن أشير هنا إلى أن صور الاجتهاد تلك تختلف أساسا من حيث الشروط التى تتطلبها فى المجتهد كما أنها تختلف من حيث قوة الإلزام التى تضفى على كل منها ، وهذا ما أزيده توضيحا عند مناقشة كل صورة على حدة .

عود على بدء .

لعل من المناسب فى هذا المقام أن أتناول بعض المصطلحات ذات الصلة بشيء من البيان التاريخى .

ذلك أن لفظة « فقه » لم تكن تعنى فى فجر الدراسات الإسلامية معناها الشامل الذى نفهمها به اليوم ، فقد كانت تقتصر على الرأى فحسب أما حفظ القرآن ورواية الحديث وما أثر عن صحابة الرسول فكان يعرف بمسمى « العلم » . ولذا استخدم البعض الفقه والرأى على أنهما صنوان كما استخدموا الرواية والعلم على أنهما عديلان . فإذا اجتمع الفقه والعلم فى شخص بأنه — كما قال مجاهد — يكون قد أوتى الحكمة .

ومن ثم فإن الفقيه كان غير العالم فهناك أهل الفقه وهناك أهل العلم . فابن عمر مثلا كان يعتبر جيد الحديث ولكنه لم يكن جيد الفقه ، أما ابن عباس فكان فقيها وعالما .

وقد لقى الفقه — بمعنى الرأى — معارضة للدودة من فريق كان شعاره « لا تقاعد من يقولون أرأيت أرأيت » . وحجتهم فى ذلك فهمهم الخاص لقوله تعالى « مافرطنا فى الكتاب من شيء » (الأنعام / ٣٨) .

وقد سئل عطاء بن رباح فى قضية كان يقضى فيها : أهو علم أم رأى . وبدهى فى مفاهيم كهذه ألا نلجأ إلى الرأى إلا إذا لم يكن هناك علم . وفى تقديرى أن مدرك الإجماع — الذى كان محل نقدى فى صفحات سالفة — بدأ أول ما بدأ على أنه إجماع علم وليس إجماع رأى . فإن صح هذا التقدير فإنه يوضح لم قال به السابقون .

ولعل أول فقيه ممن لهم قدرهم استطاع أن يوفق بين العلم والرأى وأن يوجد وشائج تجمع بين الفكرتين هو الشافعى فى كتابه المعروف « الرسالة » .

وقد تحررت لفظة « الفقه » مع مرور الزمن من القيود التى تحد من معناها

وأصبحت تعنى العلم الذى ينصرف إلى كافة المعرفة المستمدة من القرآن الكريم والحديث الشريف .

وكانت للفقه بهذا المعنى مراكز تتصدرها المدينة المنورة والعراق وسوريا ثم جاءت مصر بعد ذلك . وأقدم كتابات الفقه الشيعى مانقل عن زيد بن على ، وأقدم كتابات السنة موطأ مالك فى المدينة وفقه الأوزاعى فى سوريا وحماد بن سليمان — استاذ أبى حنيفة — فى العراق .

وقد تجمعت الدراسات الإسلامية فى القرن الثالث الهجرى فى فرعين رئيسين هما : علم أصول الفقه ، وعلم فروع الفقه الذى تمثل فى المدارس — أو المذاهب — الفقهية المختلفة . وتختلف دراسات الفروع فى الجزئيات ولكنها تتفق فى الرئيسيات . ولعل أهم مابين فقه الشيعة والفقه السنة من خلاف يتمثل فى الموضوعات التالية : الخلافة والزواج والأذان والأعياد .

وأوسع المذاهب انتشارا هو المذهب الحنفى الذى كان مذهب الدولة العثمانية فسار معها فى ركاب فتوحاتها ، وهو المذهب الغالب الآن فى آسيا الوسطى والهند . أما الشافعى فمعظم أنصاره فى مصر وجنوب شبه الجزيرة العربية واندونيسيا وشرق أفريقيا وسوريا . ولمالك أصحابه فى المغرب العربى وصعيد مصر وغرب أفريقيا . ويكاد ينحصر الفقه الحنبلى فى قلب شبه الجزيرة العربية وسدنته هم الوهابيون فى المملكة العربية السعودية .

الفرع الأول

في

الاجتهاد الفقهي

الاجتهاد : كلمة عامة

الاجتهاد [illegible] بذل الجهد والوسع في أمر من الأمور [illegible] الاصطلاحي — أي الاجتهاد الفقهي — هو أيضا بذل الجهد [illegible] في طلب الأحكام [illegible] من أصولها الشرعية [illegible] إن الفقه هو [illegible] وأن الاجتهاد هو البذل [illegible] وجهان لعملة واحدة [illegible] وإذا قلنا إن الاجتهاد الفقهي هو [illegible]

[illegible] علماء الأصول — [illegible] الحديث [illegible] الرسول ﷺ [illegible] عندما [illegible] واليا [illegible] سأله الرسول بما تقضي إذا [illegible] فيما قال : أقضي بكتاب الله عز وجل ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله قال : فبسنة رسول الله ﷺ قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله على صدره وقال . الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى الله . والفقه من حيث هو اجتهاد — أي نشاط عقلي — تبرره عدة آيات قرآنية تدعو الفرد إلى أن يتخذ من عقله وسيلة للحكم على الأشياء . صحيح أن القرآن يجعل الوحي فوق العقل كمصدر لصياغة القواعد القانونية لكنه يقر باستقلال الاجتهاد في الوصول إلى الأحكام . قال تعالى في محكم كتابه « وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ولولا فضل الله عليكم ورحمته لاتبعتم الشيطان إلا قليلا » (النساء / ٨٣) ، ومن هنا كان الاستنباط — حتى في عهد الرسول — دليلا اجتهاديا إذ

لم يكن ميسرا أن يستشار الرسول فى كل مشكلة لاسيما بعد أن اتسعت رقعة الإسلام . وقد احتهد الصحابة فى زمن النبى فى كثير من الأحكام ولم ينههم الرسول من دلك أنه أمرهم يوم الاحزاب ان يصلوا العصر فى بنى قريظة ، فاحتهد بعضهم وصلاها فى الطريق وقال : لم يرد منا التأخير وإنما أراد سرعة النهوض ، فنظروا إلى المعنى . واجتهد آخرون فنظروا اللفظ وأخروها إلى بنى قريظة فصلوها ليلا ، وهؤلاء سلف أهل الظاهر ، وأولئك سلف أصحاب المعانى والقياس (ابن قيم الجوزية — أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مصر ، المطبعة المنيرية) ، ج ١ ، ص ٢٤٤ — ٢٤٥) . وقد بدأ الاجتهاد فرديا منفردا يمارسه من توفر لديه العلم الكافى ثم قامت المذاهب فى القرن الثانى الهجرى وبقى لنا منها على المشهور أربعة رئيسة هى الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى ، وكل نسب إلى مؤسسه . ولا زالت تلك المذاهب رائدة إلى يومنا هذا فى مختلف بقاع العالم الإسلامى السنى ، أما معظم المذاهب الفردية فقد انقرضت ولم يكتب لها البقاء إلى جانب مذاهب الشيعة التى تسيطر على جانب من العالم الإسلامى وفى مقدمتها المذهب الجعفرى وفيه من النواحى الفكرية ما يستأهل عند المقارنة بينه وبين المذاهب السنية . ولكن الازدهار الفقهى لم يلبث أن لحقه الخسوف فأدى ذلك — منذ أوائل القرن الرابع الهجرى — إلى شبه اجماع ضمنى بين فقهاء أهل السنة على سد باب الاجتهاد والاكتفاء بالمذاهب الاربعة المعروفة . وكانت نتيجة ذلك تفشى التقليد وقيام البدع المثبتة على الوهم والجهل كالطرق التى نسبت أو تسترت بالصوفية وتمسك المقلدون بالأمور الشكلية التافهة وحرموا الأخذ بكل جديد حتى أن بعضهم أفتى بتحريم تعلم اللغات الاجنبية أو الأكل بالملعقة وكأنهم يريدون للمسلمين أن يتخلف ركبهم وأن يوقفوا سنة التطور ويعطلوا عجلة التقدم . وارتفعوا بالمذاهب إلى مرتبة تقترب من التقديس وكأن اقوال فقائها معصومة عن الخطأ وجعلوا المذهب لصيقا بتابعه لا يجوز له أن يبدله أو يغيره ولا أن ينتقى مايقتنع به عقله من كل مذهب ، مع أن المذاهب اعترفت حيال بعضها البعض بسلامة اجتهاد كل مذهب حتى فيما اختلفت فيه من فتاوى وآراء . ثم إن الارتفاع

بتقويم الاجتهاد إلى مرتبة الشريعة لا يتسق مع المبدأ الإسلامى الذى يحصر الطاعة المطلقة فى الله ورسوله « يأيها الذين آمنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولى الأمر مكم فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » (النساء / ٥٩) . فالآية استبعدت عمدا أولى الامر عندما يتنازع المسلمون أمرهم وحصرت الحكم عندئذ فى الله ورسوله ، ذلك أن النزاع قد يثور بين أولى الأمر والجماهير ومن ثم فإن الحكمين هما الله ورسوله فحسب. بيد أن قفل باب الاجتهاد لم يحرم الإسلام على فترات غير متباعدة من بعض العلماء المجتهدين .

ولذا يذكر المرء بكثير من ارتياح النفس القرار الذى صدر عن مؤتمر علماء المسلمين — الذى عقد فى القاهرة (مارس — ابريل سنة ١٩٦٢) — والذى أقر فتح باب الاجتهاد وإن كان قد اشترط لذلك ألا يمارس منفردا وإنما جماعيا وفيما لا نجد فيه جوابا عند المذاهب الأربعة — وعلى الرغم من التحفظ الذى تعثر فيه القرار فإنه لاشك علامة على طريق الصلاح ذلك أن القانون الإسلامى هو فى الحقيقة من صناعة الفقه الذى يستند إلى آراء كبار العلماء وماصدر عنهم من فتاوى فى الشئون القانونية . كذلك أكدت الخطة الشاملة التى تتناول الثقافة العربية بين المهد واللحد « أن التعارض بين العقل والنقل مشكلة زائفة وغير ذات أساس فى الدين وأن تلك المشكلة نجمت وتوطدت فى الماضى ضمن ظروف فكرية انتهت الآن وانتهى دورها (ص ٧٢) ثم تدعو الخطة لفتح باب الاجتهاد فتقول « إن نشأة فقه اسلامى معاصر اصبحت من الضرورات الملحة فى الثقافة العربية الإسلامية » . وعلى هذا — كما تقول الخطة — فإن التأكيد على فتح باب الاجتهاد والتشجيع على ممارسة اعفاء للتطبيق اليومى للاحكام الشرعية وتيسير لنشأة فقه اسلامى معاصر من شأنه أن يساعد فيما تسعى إليه المجتمعات العربية من جعل الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع فيها (ص ٦٨) . وفى هذا المجال أوضحت الخطة أنه فيما عدا أحكام القرآن والسنة فإن المبدأ الشرعى فى الإسلام هو أن العقل أداة الاجتهاد وأن استخدامه فى مجال الأمور الدينية ليس واجبا فكريا فحسب ولكنه يتجاوز ذلك ليكون أمرا إلهيا

(ص ٧٣) وهذا يتفق مع قول ابن تيميه « صحيح المقول فى الشرع الإسلامى موافق دائما لصريح المعقول » . وقد فصل الشوكانى وأمثاله أدلة وجوب الاجتهاد بصورة متوسعة .

والحق أن النهضة الفكرية الشرعية العصرية بدأت فى القرنين السابع والثامن للهجرة ومن أشهر من قام بها الفقيه الغرناطى ابراهيم بن موسى اللخمى المعروف بالإمام ابن اسحق الشاطبى، ولا ننسى هنا ماقاله أئمة المذاهب الاربعة . قال ابو حنيفة وأبو يوسف « لايحل لأحد أن يقول بقولنا حتى يعلم من أين قلنا » . وقال مالك « إنما أنا بشر أخطىء وأصيب فانظروا فى رأيى كل ماوافق الكتاب والسنة فخذوا به ومالم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه » ولهذا نهى أبا جعفر المنصور والرشيد عن أن يحملا الناس على المذهب المالكى .

اشير بعد ذلك إلى شروط الاجتهاد فاقول إن علماء الأصول قد جرت عادتهم على ان يتكلموا عن شروط الاجتهاد عند الكلام على الاجتهاد الفقهى . ولكنى أرى أن شروط الاجتهاد شروط عامة لابد أن تتوفر فيمن يتعرض للاجتهاد أيا كانت صورة الاجتهاد الذى يمارس — أى سواء أكان اجتهادا فقهيا ام سلطانيا أم قضائيا ، وإن صح ان تضاف اليها شروط اخرى بالنسبة لكل صورة على حدة . ولذا فإنى اوجز فيما يلى الشروط العامه المشتركة للاجتهاد وأبقى الكلام عن الشروط الاضافية الخاصة بكل صورة من صور الاجتهاد عند الكلام على تلك الصور منفردة .

شروط الاجتهاد :

لما كان الاجتهاد فقهيا هو أن يبذل الفقيه غاية طاقته ويستقصى وسعه فى استخراج الأحكام الشرعية من أدلتها ، وإن كان لا يشترط لتوافر الاجتهاد أن يدرك المجتهد الحق أو أن يصل إلى نتيجة مادام انه بذل غاية جهده . والمجتهدون فئتان رئيستان ، وفى كل فئة مراتب . أما الفئة الأولى فهم المجتهدون المستقلون ، وهم أصحاب الاجتهاد الأصيل فهم لا يتبنون رأيا إلا بما يستنبطون ولا ينتسبون لفقيه وإنما لما يرتأون ، مثل أئمة المذاهب الأربعة .

ولما كان هؤلاء لا يصلون إلى هده المرتبة إلا إذا بلغوا درجة فقهية لا يصل إليها إلا من أحاط علما بالأصول والمقاصد وتوفرت لديهم ملكة فقهية ينفذون بها فى كل مسائل الشريعة فإنه يشترط فى هؤلاء شروط هى :

أ ـــ العلم باللغة العربية :

وقد حدد الغزالى القدر الذى يجب معرفته من العربية فقال « إنه القدر الذى يفهم به خطاب العرب وعاداتهم فى الاستعمال حتى غير صريح الكلام وظاهره ومجمله وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواه ، هذا لا يحصل إلا لمن بلغ فى اللغة العربية درجة الاجتهاد . أى أن الغزالى يشترط فى المجتهد المستقل أن يكون بحرا فى اللغة عالما بدقائقها وذلك أمر يتعذر إن لم يستحل تحلته إذ ليس بمقدور المجتهد أن يستوعب كل مفردات اللغة وأساليبها . وإنما تكون قدرة المجتهد على قدر فهمه لأسرار اللسان العربى : ولذا فإن الشاطبى يرتب المجتهدين بحسب قدرتهم على فهم الكلام فيقول « وإذا فرضنا مبتدئا فى فهم العربية فهو مبتدىء فى الشريعة ، أو متوسط فهو متوسط فى فهم الشريعة ، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية ، فإذا انتهى إلى الغاية فى العربية كان كذلك فى الشريعة فكان فهمه حجة ، كما كان فهم الصحابة وغيرهم من الفصحاء اللذين فهموا القرآن حجة ، ولو كان قوله مقبولا » . وقول الشاطبى ـــ ومن على شاكلته ـــ قول لا تنقصه الوجاهة ولكنه ينبعث عن فكر يحصر الاجتهاد فى محيط الوطن العربى ولذا فإننا يجب أن نأخذه برحابة صدر ومرونة فكر لأن عدد المسلمين الذين لا يتكلمون العربية اليوم أضعاف عدد من يتكلم منهم العربية . حقيقى ان اللسان العربى لسان مبين ولسان اولئك اعجمى ولكن هؤلاء لهم مصالحهم المرسلة وما يستحسنون ولابد ان يكون لفقهائهم مجال فى الاجتهاد لا يصادر ووضع لا ينكر .

ب ـــ العلم بالقرآن الكريم ودقائق آيات الاحكام :

ولذا يشترط الشافعى وأكثر أهل العلم أن يحفظ المجتهد القرآن كله حتى يضبط معانيه . ولكن هذا الاشتراط فيه بعض المبالغة ، ذلك أن المجتهد تتوفر له

القدرة على الاجتهاد إذا ما أدام النظر فى القرآن ولو لم يحفظه . ومن ثم فانه يكفى — فى الرأى الذى ارتكيه — أن يكون المجتهد عارفا بمواقع القرآن حتى يرجع إليه عند الحاجة ، وإن كان الأفضل — بلا مراء — أن يكون المجتهد حافظا للقرآن كله .

٣ — العلم بالحديث (بالسنة) :

يشترط علماء الأصول فى المجتهد أن يكون عالما بالسنة سواء أكانت قولية أم فعليه أم تقريرية وأن يكون على بينة بأحكام الأحاديث ومتعمقا فى دراستها . ولما كانت السنة التى يجب ان يكون المجتهد على علم بها هى السنة التى تتعلق بالأحكام ، فإنى اسميتها بالحديث ذلك أن قول الرسول ﷺ أو فعله أو تقريره لا يصبح حكما إلا إذا اقترن بكلام صدر عنه ، وعندئذ يكون القول هو النص فى الحكم . ولذا قلت إن العلم هو العلم بالحديث وليس بالسنة ، والامر لا يحتاج إلى مزيد بيان بالنسبة للسنة القولية فالسنة القولية هى الحديث عند الفقهاء أما بالنسبة للسنة الفعلية فإن مجرد فعل الرسول لشىء لا يعنى حكما فيه ، فلو أن الرسول مثلا تطيب ولم يقل للناس تطيبوا فإن التطيب يصبح من قبيل الأسوة الحسنة بالرسول وليس حكما فى امر الناس بالنسبة للتطيب ، كذلك الامر بالنسبة للسنة التقريرية فلو أن الرسول مثلا رأى قوما يأكلون طعاما معينا فسكت فإن سكوته لا يعتبر حكما فى أكل هذا الطعام لأن السكوت يحتمل أكثر من معنى فلعله إجازة لأكل ذلك الطعام فى الظروف التى نستهد بها ولعله إجازة لأكل هذا الطعام عموما ولعله لم يشأ أن يصدر حكما حتى يأتيه وحى فى الأمر ، وهكذا . ولعل الخلاف بينى وبين الفقهاء فى هذه النقطة مرجعه إلى المعنى المقصود من لفظة « حكم » ، ذلك أننى أفهم الحكم والأحكام فى العلاقات القانونية على أنها المقتضى اللازم .

وقد اختلف الفقهاء فى القدر الذى يجب أن يعيه المجتهد من تلك السنة فذهب بعضهم إلى أن ذلك يقدر بثلاثة آلاف حديث . وقال آخرون إن الأصول التى يدور عليها العلم عن الرسول ﷺ هى ألف ومائتان ، ويرى ابن

القيم أن الأصول التى تدور عليها الاحكام خمسمائة حديث وهى منفصلة فى اربعة آلاف حديث . ويدهى أن علم المجتهد بالحديث كلما اتسع كلما أمن الزلل وما يترد فى القياس فى مورد النصوص ، وهكذا نجد أن الفقهاء عندما يتكلمون عن العلم بالسنة إنما يقصدون الحديث كما أسلفت . ومن هنا كان شرطهم فى العلم بالسنة وانما يتوفر عن طريق العلم بعدد معين من الأحاديث وليس بالوقائع التى حصل فيها فعل أو تقرير دون حديث .

والذى ألاحظه على الفقهاء أنهم يشترطون العلم بالسنة القولية والفعلية والتقريرية ولكنهم يحددون المقدار المطلوب بعدد من السنة القولية فحسب وهو الحديث . والحق أننى أرى أن السنة التقريرية والفعلية إذا لم تقترن بحديث عن الرسول ﷺ فهى لا تكون من قبيل الأحكام الملزمة وإنما تتخذ على سبيل الاسترشاد واستكمال الشخصية الإسلامية النموذجية .

٤ ـــ معرفة القياس :

وذلك أمر يهتم به من يقولون ـــ مثل الشافعى ـــ إن الاجتهاد هو العلم بأوجه القياس وطرائقه ، ولكنى سبق أن قدمت أن الاجتهاد هو الدليل والقياس هو الأسلوب وأن للاجتهاد أساليب اخرى إلى جانب القياس وكلها اساليب يجب ان يكون المجتهد على علم بها .

ولذا فإن معرفة القياس إنما تخدم المجتهد فى جزء من اجتهاده فحسب . ويقتضى منهج القياس السليم عند الشافعى العلم بأمور ثلاثة :

(١) الأصول من النصوص التى تبنى عليها والعلل التى قامت عليها أحكام تلك النصوص .

(٢) قوانين القياس وضوابطه .

(٣) المناهج التى سلكها السلف الصالح فى التعرف على علل الأحكام .

٥ ـــ فهم مقاصد الشريعة :

وذلك الشرط فى نظرى يغنى عن الشرط السابق ـــ معرفة القياس ـــ لأن

القياس — من حيث يعرف — هو وسيلة يتمنطق بها المجتهد لاستخراج الأحكام . وإذن فالقياس ومعرفة مقاصد الشريعة هما أداتان متكاملتان يستعين بهما المجتهد فى تقصيه للأحكام من القرآن والحديث .

ومقاصد الشريعة السمحاء هى أساسا الرحمة بالعباد الأمر الذى اقتضى أن تقوم الحنيفية على التراحم . بيد أن الرحمة يجب ألا يساء فهمها لأن الشريعة الإسلامية ليست شريعة المثالية فى الحياة الدنيا وإنما هى شريعة الواقعية .

وجلى أن شروط الاجتهاد فيها تشدد يجعل من الصعب أن تتوفر جميعها فى شخص ما « فإن قيل هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك مايتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة فى هذا . وحكى أن مالكا سئل عن أربعين مسألة فقال فى ست وثلاثين منها : لا أدرى ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهدا » (نقلا عن أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة — المغنى ، الجزء العاشر ، القاهرة ، ص ٣٩ ، تحقيق الشيخ محمود عبد الوهاب فايد) .

والفئة الثانية هم المجتهدون الذين يعتمدون فى اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، اى انهم أصحاب اجتهاد غير مستقل ، وهؤلاء ثلاث مراتب :

أ — المجتهدون المنتسبون :

وهم الذين اختاروا قول امامهم فى الاصل وخالفوه فى الفرع وإن انتهوا إلى آراء تقارب فى عمومها ماوصل إليه الإمام .

والمجتهد المنتسب ليس مقلدا لإمامه وإن سلك مسلكه واستعان بمنطقه فى تتبع الأدلة . وفتواه كفتوى إمامه فى العمل بها .

ب — المجتهدون فى المذهب :

وهم يتبعون امامهم فيما انتهى اليه من اجتهاد فى الأصول والفروع

واجتهادهم إنما يكون استنباط الاحكام فى الأمور التى لم يرد رأى للامام فيها .

وقد يختلف هؤلاء مع سابقيهم فى بعض فروع المذهب لاختلاف العرف الذى بنيت عليه أحكام تلك الفروع ، ولكنه اختلاف زمان لا اختلاف دليل وبرهـان .

ج ـ المجتهدون المرجحون :

وجهد هؤلاء هو الترجيح بين الآراء المروية بوسائل الترجيح التى ضبطها لهم علماء الطبقات السابقة . والحق أن جهد الترجيح هذا لايقل خطورة عن استنباط أحكام الفروع التى لم يرد عن الأمام فيها رأى ولذا يذكرهم بعض العلماء ــ مثل النووى ــ فى طبقة واحدة مع المجتهدين فى المذهب .

ويذهب علماء الاصول إلى أنه لا يشترط فى هؤلاء المجتهدين ماأوردته من شروط فى المجتهدين المستقلين إنما يكفى فى هؤلاء المجتهدين معرفة مايتعلق بالحكم الذى يجتهدون فيه دون غيره . وأرى أن الشروط العامة للاجتهاد لازمة فى كافة طبقات وفئات المجتهدين مادام أن جهد المجتهد ــ مستقلا كان أم غير مستقل ــ ينصرف إلى أحكام الشريعة فى عمومها ولاينحصر فى باب دون باب . غير أنى لا أنظر اليها بالثبوت الذى يتطلبه بعض المترمتين لأن مثل هذا الترمت هو فى تقديرى قفل ــ بطريقة غير مباشرة ــ لباب الاجتهاد ولو أننا طبقناه بحذافيره لسقط وصف المجتهد عن بعض الأئمة . فهذا ابو حنيفة لم تكن مدرسته على علم كاف بالحديث ولذا سميت « مدرسة اصحاب الرأى » . ولعل هذا هو الذى دفع بعض علماء الأصول إلى التواضع فى هذا الشرط فاكتفوا بأحاديث الأصول وعددها خمسمائة حديث . كما أن فهم مقاصد الشريعة على يقين هو فى علم الله وبيانها من أمره « ثم إن علينا بيانه » ولا أحسب أن من البشر من يستطيع أن يلم بالقرآن لغة وتفسيرا وتنزيلا معا ، وهكذا .

ولكن السؤال الجذير بالبحث هو : هل يجوز تجزئة الاجتهاد بمعنى هل يجوز

أن يعتمد اجتهاد من يصرف نفسه إلى دراسة باب بعينه من أبواب الشريعة أو مسألة من مسائلها وحسب ؟

يرى بعض العلماء أن الاجتهاد لا يتجزأ لأن الشريعة متصلة الأجزاء فلا يجتهد فيها إلا من يحيط بكلها ولا يجوز أن يكون الفقيه في آن واحد مجتهدا في شطر من الشريعة ومقلدا في شطر آخر لأن الاجتهاد والتقليد معنيان متضادان فلا يجتمعان في شخص واحد . وذهب آخرون — ومنهم الظاهرية وبعض المالكية — إلى جواز تجزئة الاجتهاد ، فإذا كان الشخص قد علم دليل مسألة من المسائل صح له أن يجتهد فيها دون غيرها ، وهذا من الرأى الذى أرجحه لأن العلم بجميع الأحكام يكاد يكون متعذرا .

لقد كان مقبولا من قرون مضت — وقت أن كانت المعرفة الإنسانية يمكن أن يحويها سفر واحد — أن يشترط في المجتهد علما مستغرقا لكافة أبواب الشريعة ومسائلها ولكن الأمر غدا اليوم على غير ماكان عليه من قبل . لقد كان الطبيب إلى وقت قريب باطنيا وجراحا ومولدا ثم راح التخصص — ازاء اتساع نطاق المعرفة — يفرض ذاته على الدارسين حتى ان الطبيب يتخصص اليوم في جزئية من جزئيات فرع دراسته كجزء من القلب فحسب في فرع الطب الباطنى مثلا ، وكذلك الأمر في باقى نواحى المعرفة الأخرى . إن آفة الفتوى اليوم هى ان بعض فقهاء الشريعة لازالوا يفكرون بعقلية القرون السوالف ويحسبون أنفسهم مؤهلين للافتاء في كل مايعرض للمسلمين اليوم من مشكلات علمية وفنية واجتماعية واقتصادية وقانونية . فالواحد من هؤلاء يتعرض للافتاء مثلا فيما إذا كانت الحقنة أم قطرة العين تفطر الصائم أم لا وهل تعتبر فوائد الودائع ربا وهكذا يسمح لنفسه بأن يفتى في الطب والاقتصاد وكافة نواحى المعرفة الأخرى وهو لم يدرس أصول الطب ونظريات الاقتصاد وما إلى ذلك . وكأنه قد ألم بالعلم من كل أطرافه دون أن يكلف نفسه حتى عناء سؤال المتخصصين في الطب أو الاقتصاد كى يبنى فتواه على أساس سليم وينسى أن الله منع المسلم من ان يرشد الناس فيما لا علم له به « ولا تقف

ماليس لك به علم » . فلا غرو ان يجيب الامام مالك وفى عصر لم تكن قد تعقدت فيه ظروف الحياة على نحو ماوصلت اليه الآن — فيما ينوف عن ست وثلاثين مسألة بقوله « لا أدرى » ، وماذلك إلا لعدم علمه بالدليل . ولكن هذا أمر يكبر على نفس بعض من يتصدون للفتوى من المعاصرين . ومن قال لا أدرى فقد أفتى . أما القول بأن الاجتهاد والتقليد ضدان فلا يجتمعان فى شخص واحد ففيه بعض القصور لأن الأمرين لا يتضادان إلا إذا اجتمعا فى مسألة واحدة وليس هذا هو الغرض هنا فالمجتهد مجتهد فى نطاق اجتهاده وليس مقلدا كما أن الطبيب فى مجال تخصصه استاذ ولكنه يتابع رأى غيره من الاطباء فيما خرج عن تخصصه . فإن صح — وهو عندى صحيح — أن المجتهد لا يلزم أن يكون مطلق الاجتهاد وإنما يجوز أن يقتصر اجتهاده على باب من ابواب الشريعة أو على مسألة من مسائلها دون غيرها فان مايشترط فى هذا الاجتهاد الجزئى هو معرفة بالأحكام التى تتعلق بدائرة اجتهاده المحددة .

أما وقضية تجزئة الاجتهاد قضية راجحة فى النظرية الإسلامية فإنه يكفى لدراسة القانون الدولى الإسلامى أن يكون المجتهد عارفا بأدلة القانون الدولى الإسلامى ليحق له بذلك أن يطرق باب الاجتهاد فيه وأن يدلى دلوه فى مشكلاته . ومن هذا المنطلق شخصت إلى دراسة قانون السلام فى الإسلام — وعدتى ايمان من الله وصدق فى العزيمة وسلكت نفسى — بعون الله وتوفيقه — فى مجال الاجتهاد الفقهى الواجب وأنا على علم يقين بوعورة الدرب الذى أخط فيه علامة البداية وعمق البحر الذى أمخر عبابه ويكفينى جهد السبق ويغنينى ابتغاء الحق (ان اريد إلا الاصلاح ما استطعت وما توفيقى إلا بالله) .

وإنى إذ أسعى لأجر المجتهد ولو أخطأ إنما تحدونى فى مناقشة رأى مخالف اجتهده مجتهد آخر قناعة بأن الرأى بالرأى والحجة بالحجة والاجتهاد مشترك . وتبعا فإن رأى المجتهدين الآخرين لا يقيدنى كما أن رأيى لا يقيدهم . والقاعدة أنه لا يصح أن ينقض مجتهد حكم آخر مخالف له إلا إذا كان الاجتهاد المخالف يعارض نصا قطعيا . ذلك أن أحد الاجتهادين — فى غير هذا الفرض — ليس

أولى بالصواب من الآخر ونقض أيهما بالآخر فتح لباب الفوضى . وأسوق مثلا لذلك قصة عمر بن الخطاب عندما سأل رجلا عما صنعه فى مسألة كانت معروضة للرأى فقال الرجل : قضى على وزيد بكذا . فأجاب عمر لو كنت أنا لقضيت بكذا فقال الرجل : وما يمنعك والأمر اليك ؟ فقال عمر لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه عليه الصلاة والسلام لفعلت . ولكنى أردك إلى الرأى وهو مشترك . وإذن فلم ينقض عمر ماقال به على ولا زيد لأن قولهما لا يخالف نصا قطعيا . ومن هنا كانت القاعدة الأصولية أن كل قضاء فصل مجتهد فيه يرفع الخلاف فى الجزئية التى حكم فيها ، أو على حسب حد التعبير الحديث يحوز حجة الشيء المقضى فيه فى نطاق مافصل فيه من خلاف .

والاجتهاد واجب ولكنه قد يكون عينيا وقد يكون كفائيا وقد يكون مندوبا ويكون الاجتهاد واجبا عينيا فى حالتين :

(١) أن تقع حادثة ويتعين المجتهد لبيان حكمها وإلا فات الوقت إن لم يجتهد لبيان ذلك الحكم .

(٢) أن تنزل بالمجتهد نازلة ويريد الوقوف على حكمها فإن انتهى إلى رأى فيها لزمه اتباعه ولا يتركه بقول أحد غيره لأن قول الغير يبنى كذلك على الظن ولايقبل أن يترك الرجل ظن نفسه ويتبع ظن غيره ، وحرى بالذكر أن رأيى المجتهد هذا لايلزم سواه .

وأما الواجب الكفائى فيتحقق فى مسألتين :

(١) إذا سأل سائل عن حكم حادثة نزلت فيكون على أحد المجتهدين ان يجيبه ويكون هذا الوجوب كفائيا لأن المجتهدين إذا نكلوا عن الفتوى جميعا أثموا .

(٢) إذا كان الاختصاص فى القضاء لأكثر من قاض فأيهم يتعرض للقضاء يسقط الالتزام عن الباقين .

ويكون الاجتهاد مندوبا فى حالتين :

(١) فى أمر لم يقع سواء سئل المجتهد أم لم يسأل

(٢) إذا طلبت الفتوى فى مسألة نظرية لمّا تقع.

اغلاق باب الاجتهاد :

تكلم بعض العلماء المتأخرين عن اغلاق باب الاجتهاد المستقل وقرروا أن عصره قد انتهى بانتهاء القرن الثالث الهجرى . ولا أريد أن أطيل فى مناقشة هذا الرأى فللفقهاء فيه قول يطول ولكل مذهب فى الاجتهاد رأى . ولكنى اقول إن قفل باب الاجتهاد عند من نادوا به — إنما كان مخرجا ارتاده اصحابه بعد ان عمت الفوضى وادعاه من ليس أهلا له فكثرت الأقوال المنحرفة وشاعت الفتاوى الزائفة فرأو — من باب سد الذرائع ، وهو أصل شرعى — أن يقفل باب الاجتهاد . ولكن هذا القصد الحسن وتلك النية النبيلة لا تعنى أن يحرم الإسلام من جهد المجتهدين الأعلام إذا ماحظيت الأمة الإسلامية أو جماعة منها بأحد منهم ، فتلك بلا شك هى الطريقة القديمة ، ليشع المجتهد نور علمه وينفذ بعميق فهمه فيمحو الشك ويزيل الانحراف ويحدد علامات الدرب المستقيم وهنا اتمثل بقول الشيخ محمد ابو زهرة رحمه الله — إذ يقول : « ولا نعرف احدا يسوغ له ان يغلق بابا فتحه الله تعالى للعقول » فان قال ذلك فمن اى دليل أخذ ؟ ولماذا يحرم على غيره ما أباحه لنفسه ، وإن ذلك التعليق قد أبعدهم عن المصادر الإسلامية الاولى ، فأبعدهم عن الكتاب والسنة وعن آثار السلف الصالح حتى لقد ساغ لبعض من افرطوا فى التقليد ان يقرروا ان دراسة تفسير القرآن الكريم والحديث لا داعى لهما بعد ان اغلق باب الاجتهاد ... » .

وإنى لأطرح سؤالا لم أجد عليه جوابا يشفى الغلة : من الذى قرر قفل باب الاجتهاد ؟ أهم مجتهدون يحق لهم الاجتهاد وإذن فلم قرروا لأنفسهم أن يكونوا آخر من يجتهد ؟ أم هم مجتهدون آنسوا فى أنفسهم ضعفا فحسبوا أن أمر الامة قد صار إلى ماصاروا عليه فعاقبوا أنفسهم وعاقبوا الآمة معهم بهذا الاغلاق .

وهل يمكن لمثل هؤلاء أن يدعوا فى ضعفهم وصاية على مصالح الأمة وقياما على فكرها . إن أحدا لم يقل لنا مع من كان مفتاح الاجتهاد وكيف وبأذن من أغلقه . إنها دعوى تطرح فيأخذها الناس قضية مسلمة حتى اصبحت عقيدة راسخة .

تدوين الفقه الاجتهادى :

ظهرت على مر الأيام ضرورة التدوين ومرت بمراحل عديدة أجملها فيما يلى :

أولا : مرحلة تبنى المذهب الرسمى وقد بدأت هذه المرحلة بمحاولة غير موفقة قام بها عبد الله بن المقفع فى تقرير قدم إلى أبى جعفر المنصور بعنوان « رسالة الصحابة فى طاعة السلطان ». وقد جاء فى تلك الرسالة قوله « وما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحى اختلاف هذه الاحكام المتناقضة التى بلغ اختلافها امرا عظيما » . فلو رأى امير المؤمنين ان يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة ، فترفع إليه فى كتاب ويرفع معها مايحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزما ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلفة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا » . وقد تعرض الفقهاء وعلماء الأصول لمسألة تبنى المذهب الرسمى الواحد بمناسبة تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين فقال البعض بأن التولية باطلة وقال آخرون بانها صحيحة ولكن الشرط باطل . ولكن الواقع أثبت هذا التبنى ثم رأى الخليفة العثمانى أن يثبت هذا الواقع بصورة رسمية وكان ذلك فى خلافة السلطان سليم الأول فى بداية القرن السادس العشر إذا اعتمد المذهب الحنفى ونشره بصورة رسمية .

ثانيا : الجمع الاختيارى لأحكام المذاهب ، فقد رأى أولو الأمر أن من المفيد أن تجمع أحكام المذهب الرسمى أو الشائع جمعا اختياريا تسهيلا لفهمها على الطلاب من القضاة والعلماء والدراسين . وممن اهتم بهذا الجمع السلطان سليمان الأول فقد كلف شيخ الإسلام أبا السعود بجمع القوانين التى اصدرها

فرتبها فى مجموعة عرفت باسم « قانون نامة » . ومن ذلك ايضا مجموعة « الفتاوى الهندية » وهى من المراجع المشهورة والمعتمدة فى الفقه الحنفى . والمجلة المدنية التى دونها قدرى باشا باسم « مرشد الحيران لمعرفة أحوال الانسان » . وهى على غرار مجلة الاحكام العدلية العثمانية .

ثالثا : صياغة الاحكام الشرعية بصورة الزامية فى شكل مواد متسلسلة على نمط القوانين الغربية بما يسمى بالتدوين . وهذا مافعلته الدولة العثمانية بتدوينها القانون المدنى المعروف بمجلة الأحكام العدلية . وطبقت المجلة فى تركيا والبلاد التابعة لها باستثناء الجزيرة العربية ومصر

رابعا : الاختيار فى المذاهب المختلفة وقد سارت على هذا النهج الدولة العثمانية والبلاد العربية فى القوانين التى سنتها لمسائل الأحوال الشخصية وبعض المسائل الاخرى المأخوذة عن الشريعة الإسلامية . إن ولى الأمر فى هذه المرحلة لم يتقيد بمذهب رسمى واحد بل يختار من المذاهب جميعا مع اعتماد مذهب واحد يرجع إليه عند عدم النص المخالف .

خامسا : الاقتباس من القوانين العصرية الغربية دون التقيد بما جاء فى الفقه الإسلامى ومن الامثلة على ذلك القوانين التى نقلتها مصر عن القوانين الفرنسية سنة ١٨٧٥ لتطبق لدى المحاكم المختلطة وكثير من القوانين المصرية المعمول بها حاليا . وبعض هذه القوانين الحديثة لا تغاير روح الشرع الإسلامى ومبادئه . ولذلك يكاد ينحصر اختصاص الفقه الإسلامى فى معظم البلاد العربية بالاحوال الشخصية . ولكنه اتجاه يجب أن يؤخذ بكثير من الحذر الامر الذى يعين عليه فى مصر مثلا ــ أن الدستور ــ قد جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الاساسى للقوانين .

صورة خاصة من الاجتهاد : (اجتهاد الصحابى) :

إن الكلام عن الاجتهاد وشروطه يسوقنى إلى الكلام عن صورة خاصة من الاجتهاد وهى اجتهاد الصحابة : ذلك أن اجتهاد الصحابى هو من بين الموضوعات التى يطرقها علم الأصول فى باب الاجتهاد . والذى يهمنى هنا هو ... عما إذا كان اجتهاد الصحابى يتميز عن غيره من صور الاجتهاد وهل له ... ينفرد بها عن غيره من اجتهاد المجتهدين اللاحقين أم أن اجتهاد ... هو اجتهاد فقهى يخضع لما يخضع له اجتهاد المجتهدين الآخرين من قيود ... ويقوم بما يقوم به الاجتهاد عموما من معايير .

... الفقهاء إن الصحابة هم أقدر الناس على تفهم مقاصد الشريعة ... بمراد الرسول ﷺ لقربهم منه ومعايشتهم لوقائع التنزيل . ولذا فإن الفقهاء على الأخذ بأقوال الصحابة واعتماد فتاويهم . ولم يخرج عن ذلك قلة — منهم الغزالى والآمدى والشوكانى — فذهبوا إلى أن اجتهاد ... الصحابى ليس حجة بذاته ويستدلون على ذلك بأن الصحابة أنفسهم اتفقوا ... جواز أن يخالف أحدهم الآخرين فى الاجتهاد . ومن ثم فإن قول الصحابى ... نوع من أنواع الاستدلال على مفاهيم القرآن والحديث شأنه شأن قول المجتهدين الآخرين ، وقد ثبت عند جميع الائمة أنهم عملوا أحيانا بخلاف فتوى الصحابى عندما اطمأنوا إلى وجود حكم مخالف فى الكتاب أو الحديث .

والقول عندى — مع اقرارى بجلال قدر الصحابة وسبقهم فى الإسلام — أن اجتهاد الصحابى لا يعدو أن يكون صورة من صور الاجتهاد الفقهى ولذا يجوز عليه مايجوز على الاجتهاد الفقهى عموما من أحكام . ولعل مالاجتهاد الصحابى من تميز هو أن مصاحبته للرسول وموافقته للتنزيل قد تكون سببا من أسباب ترجيح الرأى أو الفتوى ولكن الصحبة والمشاهدة لاتكفى بذاتها لكى

يكون قول المصاحب المشاهد حجة لايأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها إذ لوصح هذا المذهب ومجرد صحبته للرسول لا تكفى بذاتها لتجعل من رأى الصحابى حجة بالغة نعتمدها دون نقاش أو جدل . فإننا لا نستطيع أن نقول إن هناك صحابيا — حتى الرواة والمحدثين بينهم — قد صاحب الرسول مصاحبة دؤوبة فلم يتخلف عن مجلسه مرة ولم يغب عن ملازمته فترة ، ثم إنه مامن صحابى يستطيع أن يقول إنه قد علم بكل ماقاله الرسول وصدر عنه . وتبعا فإن اجتهاد الصحابى هو اجتهاد فى حدود ماعرف وماعلم ، وماعرف وماعلم لا يستغرق كل أحكام شريعة الله ولايحيط بكافة مبادئها وإلا لما كان عمر مثلا على عظم قدره وطول ملازمته للرسول فى حاجة إلى أن يستعين بالصحابة وفى مقدمتهم على بن ابى طالب بحثا عن حديث شريف واستقصاء لتوجيه نبوى كريم لا يكون هو قد علم به . وكيف نضفى على اجتهاد الصحابى قدسية لم يضفها القرآن على اجتهاد سيد البشر واستاذ الشريعة سيدنا محمد بن عبد الله فنقول إن اجتهاد الصحابى هو حجة مسلمة وفتوى محكمة .

إن التاريخ الإسلامى يعرف صحابة كانت مواقفهم وفتاواهم بعد وفاة الرسول محل نظر مثل عمرو بن العاص ومعاوية بن ابى سفيان فى سعيهم نحو تثبيت الحكم لبنى أمية ، والبعض يتهم معاوية بأنه من الوضاعين فى الحديث . هل يمكن مثلا أن نعتمد على تصرف أولئك الذين جاهدوا عليا فى خلافته وحاربوه بعد ولايته — فى معركة الجمل ونتخذ من آرائهم ومنطلقاتهم سندا لنا فى الفتوى ؟ إننى أمسك القلم عن تقويم ماحدث ولكنى أقول إن مأثير من نقاش حول ماحدث يجعلنا نتوقف بل ونمتنع عن تقويم اجتهاد وفتاوى بعض الصحابة . ويبدو أن المتحمسين لاجتهاد الصحابى يتعلقون باهداب حديث يقول « أصحابى كالنجوم الزاهرة بأيهم اقتديتم واهتديتم » والحديث فيما قرأت حديث ضعيف . فهل نقتدى بعمرو بن العاص مثلا عندما غض البصر عن فعلة ابنه وقد اعتدى بالضرب على أحد المواطنين تعاليا وكبرا أم نقتدى فى

الزواج بما فعله خالد بن الوليد عندما تزوج بأرملة مالك بعد أن قتله وقد عاب عليه عمر ذلك .

ثم ماذا نفعل إذا تعدد اجتهاد الصحابة فى المسألة الواحدة : بأيهم نقتدى لنهتدى ، وأضرب مثلا لذلك بأرض السواد فقد اختلف الصحابة حول اقتسامها فمنهم من قال بذلك ومنهم من قال غير ذلك ، وكان لعمر رأى هو الذى ساد وهو صاحب السلطان .

حاشا لله أن اكون قد ابتغيت من وراء مناقشتى لاجتهاد الصحابى أن أنال من مكانة الصحابة رضوان الله عليهم وماأردت إلا أن اذكر بأنهم بشر غير معصومين وأن اجتهادهم كاجتهاد غيرهم تجوز عليه الصحة كما يجوز عليه الخطأ فما اشهدهم الله خلق السموات والارض وماكانوا لحكمه بعالمين . أما الاقتداء بهم دون قيد أو شرط كما يستفاد من الحديث الضعيف السالف فيعارض فى نظرى ماجاء فى القرآن الكريم من أن هذا الاقتداء لايكون الا بالرسول ﷺ فان الله تعالى أرشدنا إلى انه هو الاسوة الحسنة .

والحق أننى أعجب من موقف الأصوليين من حرية الرأى وهى من مفاخر الحنيفية السمحاء — إنهم يتسابقون للحد من تلك الحرية وتكبيلها بالأغلال على نحو تتأباه الفطرة وتعافه السليقة . فهم تارة يقولون إن الإجماع — وماأدراك بالإجماع — حجة تلزم الأجيال من بعده وتغلق الأفهام إثر صدوره ، وتارة يذهبون إلى أن قول الصحابى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه فهو إن قال قطع وإن افتى منع ، وثالثة يدعون أن باب الاجتهاد قد قفل ولازال جمهورهم يوصد هذا الباب دون الانفتاح على الرغم من فوات أكثر من عشرة قرون . ويطول بى الحديث لو أردت أن أعدد مغاليق حرية الرأى التى يتشدق بها بعض الأصوليين ثم يتعالون فى إرهابهم الفكرى إلى حد تكفير من يخالفهم القول أو يناحزهم الحجة . ولكن جماع هذه المحاذير ينتهى

فى واقعه إلى مصادرة حرية الرأى إلى حد بعيد والتضييق من مجال إعمالها على نحو غير سديد . إننى لا أنشد ترك الحبل على الغارب ولكنى أرى ان فى شروط المجتهد ــ كى يسمح له بالاجتهاد ــ غناء يضمن ألا ينزل الحلبة إلا فرسانها ولا يتصدى للقرن إلا صنديده .



الفرع الثانى

فى

الاجتهاد القضائى (القضاء فى الإسلام)

تعريف وتحديد :

القضاء لغة هو الحكم . قال أبو بكر قال أهل الحجاز القاضى معناه فى اللغة القاطع للأمور المحكم فيها والقضايا هى الأحكام وواحدها قضية . وقال الزهرى القضاء فى اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشىء وتمامه وكل ما أحكم عمله أو أدى أو أقضى .

والقضاء اصطلاحا اخبار بحكم على سبيل الالزام . وقد اختلف الفقهاء فى معناه الاصطلاحى فهو عند الحنفية قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، وذهب الشافعية إلى أنه الإلزام ممن له ولاية الإلزام بحكم الشرع فى الوقائع الخاصة ، ويرى الحنابلة أنه فصل فى الخصومات . ويقول الدردير المالكى إنه حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده ليرتب على ماثبت عنده مقتضاه أو حكم بذلك المقتضى . وقد وردت لفظة القضاء فى القرآن فى عدة معان . فهى قد تعنى امضاء الأمر واحكامه كقوله تعالى « وإذا قضى أمرا فإنما يقول له كن فيكون » (البقرة / ١١٧) . وقد تعنى الأداء والانهاء كما فى قوله عز وجل « ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم » (الحج / ٢٩) . وقد تدل على الصنع والتقدير والخلق كما فى الآية الكريمة « هو الذى خلقكم من طين ثم قضى اجلا » (الأنعام / ٣) ، وقد تفيد الحكم والجزم كقوله سبحانه « وقضينا إلى بنى اسرائيل فى الكتاب لتفسدن فى الأرض مرتين » (الاسراء / ٤) .

وقد حفلت الأحاديث بلفظة القضاء كقوله ﷺ : القضاة ثلاثة (اثنان فى النار وواحد فى الجنة) وكقوله : إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فلا يجلس أحد الخصمين مجلسا لا يجلسه صاحبه) . وقد عرف العرب نظام القضاء أخذا من

النظم البيزنطية والفارسية لأنه لم يكن معروفا لديهم قبل فتح تلك البلاد . والذى كان معروفا لديهم هو التحكيم فى كل قضية بقضيتها . وقد مارس الرسول ﷺ والخلفاء الراشدون من بعده وظيفة القضاء ، وكثيرا ماكان يمارس فى المسجد . وكان القاضى محمد بن مسروق أول من نظر نزاع الذميين داخل المسجد .

وقد كره العلماء للقاضى أن يفتى فى مجلس القضاء لئلا يلتبس الأمر على العوام ، ذلك أن الفتوى لا إلزام فيها على خلاف حكم القاضى .

القضاء كدليل على الاحكام :

إن المستقرىء لتاريخ القضاء فى الدولة الإسلامية لابد أن يلحظ أن الشريعة الإسلامية كانت هى القانون الذى يلتزم به القاضى فى كافة مايعرض عليه من قضايا بغض النظر عن موضوع القضية أو أطراف القضية . وتثبت سجلات القاضى التى تحتفظ بها الدول الإسلامية تلك الحقيقة على سبيل اليقين حتى أن غير المسلمين من النصارى واليهود يدرسون الفقه الإسلامى ويؤلفون فيه مثل : سليم الباز شارح مجلة الأحكام العدلية وغيره ممن ألفوا فى الفقه الإسلامى فى العصور المتأخرة ، وأما ما أدخل من القوانين فى الدولة العثمانية فإنه أدخل بناء على فتوى العلماء بأنها لا تخالف الإسلام . وهكذا أدخل قانون الجزاء العثمانى سنة ١٢٧٥ هـ الموافق ١٨٥٧ م . وأدخل قانون الحقوق والتجارة سنة ١٢٧٦ هـ الموافق ١٨٥٨ م . ثم فى سنة ١٢٨٨ هـ الموافق ١٨٧٠ م جعلت المحاكم قسمين : محاكم شرعية ومحاكم نظامية . ثم فى ١٢٩٥ هـ الموافق ١٨٧٧ م وضعت لائحة تشكيل المحاكم النظامية ووضع قانون أصول المحاكم الحقوقية والجزائية سنة ١٢٩٦ هـ . ولما لم يجد العلماء مايبرر إدخال القانون المدنى إلى الدولة ، وضعت المجلة قانونا للمعاملات واستبعد القانون المدنى وذلك سنة ١٢٨٦ هـ فهذه القوانين حين وضعت نالت إجازة الفقهاء لها كأحكام شرعية . ولم توضع موضع التنفيذ إلا بعد صدور الفتوى باجازة تطبيقها وإذن شيخ الإسلام بها ، كما تبين من المراسيم التى صدرت بها تلك القوانين . وإن

كان الاستعمار منذ سنة ١٩١٨ م أى منذ احتلاله البلاد الإسلامية قد أخذ يفصل فى الخصومات فى الحقوق والجزاء على غير الشريعة الإسلامية (محمود الخالدى ـــ نظام القضاء فى الإسلام ، الأردن ١٤٠٣ ، ١٩٨٣ ص ٢٢٠٣١) ومن ثم فان اجتهاد القاضى قام بدور كبير فى تفسير وتطبيق أحكام الشريعة . والحق أن القاضى المسلم مقيد فى قضائه بأحكام الحنيفية السمحاء طواعية لصريح نص آيات القرآن الكريم كقوله تعالى « فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول » (النساء / ٥٩) وقوله سبحانه « وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله » (الشورى / ١٠) . إن الآيتين قاطعتان فى أن حكم القرآن والسنة هو مرجع القضاء فى قضائه ، وهو فى رجوعه إلى الكتاب والحديث إنما يجتهد ليستنبط الحكم . ومن هنا كان قضاء القاضى بمثابة اجتهاد قضائى .

والقاضى المسلم مقيد بهذا الحكم سواء كان قاضيا فى أمور الناس أم قاضيا فى أمور الدولة ـــ أى سواء كان قاضيا وطنيا أم قاضيا دوليا ـــ لأن ماعدا شرع الله من قوانين وضعية هو طاغوت « يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا » (النساء / ٦٠) . ويقول ابن كثير فى تفسير الآية : إن هذا انكار من الله عز وجل على من يدعى الإيمان بما أنزل الله على رسوله وعلى الانبياء الأقدمين وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم فى فصل الخصومات إلى غير كتاب الله وسنة رسوله كما ذكر فى سبب نزول هذه الآية أنها فى رجل من الأنصار ورجل من اليهود تخاصما ، فجعل اليهودى يقول بينى وبينك محمد . وذاك يقول بينى وبينك كعب بن الأشرف . وقيل فى جماعة من المنافقين ممن أظهروا الإسلام ، أرادوا أن يتحاكموا إلى أحكام الجاهلية ، وقيل غير ذلك ، والآية أعم من ذلك كله ، فإنها دامة لمن عدلوا عن الكتاب والسنة ، وتحاكموا إلى ما سواها من الباطل وهو المراد بالطاغوت هنا (تفسير ابن كثير ص ٥١٩) ولست بحاجة هنا إلى أن اتطرق إلى بيان سند مشروعية القضاء فى الإسلام لأنى اكون بمثابة من يحاول إثبات البديهيات وتبرير المسلمات فشرعية القضاء ثابتة ثبوتا قطعيا

بالقرآن والحديث وإجماع الصحابة والمجتهدين بما لا يحتاج إلى بيان أو تدليل .

بيد أن من الفقهاء المحدثين من يرى أن مصادر القانون الإسلامى لم تتصمن تفصيلا فى تنظيم القضاء ومن ثم فإن اصول المرافعات وآداب القاضى يمكن أن تختلف فى بعض تفاصيلها باختلاف الزمان والمكان ، وتلك دعوى لا أرى مايعاب عليها ، فالقاضى الذى كان يجلس فى المسجد يمكن أن يجلس فى دار للقضاء ــ هى التى نطلق عليها اليوم المحكمة ــ والطرق البدائية لاستحضار الخصم يجوز أن تحل محلها اجراءات ومواعيد المرافعات التى نعرفها فى زماننا هذا .

بيد أن هناك من يتغالى فيزعم أن الرسول كان مبلغا لرسالة ربه ، وانه لا شأن له بأمور السياسة والاقتصاد والتجارة والقضاء ونظام الحكم وماشاكل ذلك . (راجع على سبيل المثال ماذهب اليه على عبد الرازق فى كتابه « الإسلام واصول الحكم » . وقد حكم شيخ الازهر باجماع أربعة وعشرين عالما معه باخراج على عبد الرازق من زمرة العلماء وكان ذلك فى ١٩٢٥/٨/١٢) . وذلك زعم بادى الخلل ، ويكفينى فى دحضه ــ إلى جانب ماقال به العلماء الأفاضل ــ ماقدمه على صفحات هذا السفر من بحث يتعلق بالإسلام كدولة ذات نشاط سياسى واقتصادى وقضائى وغير ذلك مما يدخل فى نشاط الدولة عموما .

شرط تولى القضاء :

القضاء ولاية لمتعين لها للاخبار بالحكم الشرعى على سبيل الالزام على المتخاصمين (الخالدى ــ المرجع السابق ، ص ٨٩) ولذلك فهو دون مرتبة الخلافة لأن الخلافة ولاية عامة للمسلمين فى الدنيا . ويشترط فيمن يتولى القضاء شروط اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا حول البعض الآخر . وأورد هنا اهم مايشترط فى القاضى لتولى القضاء :

أ) الإسلام :

يذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز أن يلى القضاء فى الدولة الإسلامية غير مسلم لأن القضاء ولاية ، ولم ترد فى القرآن عبارة « أولى الامر » الا مقرونة بأن يكونوا من المسلمين . هذا فضلا على أن الله تعالى يقول « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) . والقضاء سبيل من سبل الولاية على المسلمين . غير أن الحنفية ذهبوا إلى جواز أن يكون القاضى غير مسلم فى القضاء بين غير المسلمين اعتبارا بالشهادة لأن اهلية القضاء عندهم بأهلية الشهادة . وعلى الرغم من أن الحنفية ينفردون بهذا الرأى من بين علماء المسلمين إلا أننى أرى أنه رأى له وجاهته ، ذلك أن الولاية هنا هى على غير المؤمنين ومن ثم فهى لاتتعارض مع حكم الآية الكريمة . ثم إن خضوع المخالفين لقوانين الدولة الإسلامية لا يمنع من أن يقوم قاض غير مسلم على تطبيقها على غير المسلمين .

بيد ان هذا الحكم الحنفى قد لا يصلح فى القضايا الدولية حيث أن الخصم فى القضاء هى الدولة الإسلامية ، ومن ثم فإنه لايجوز أن تحتكم الدولة الإسلامية إلى قاض غير مسلم ، وتبعا لذلك فان محكمة العدل الدولية بتشكيلها الراهن لا تصلح طبقا لاحكام التشريعة الإسلامية — لأن تكون هيئة قضائية تفصل فى نزاع بين دولة إسلامية ودولة غير اسلامية ، وناهيك بأن يكون الطرفان دولتين اسلاميتين . وإذن فالتجاء الدول الإسلامية حاليا إلى تلك المحكمة لا يبرر إلا طبقا لنظرية الضرورة . وآمل أن تجد الدول الإسلامية فى محكمة العدل الاسلامية الدولية غنى يكفيها عن محكمة العدل الدولية ، وياحبذا لو حرصت الدول الإسلامية — قدر الامكان — على أن تتفق مع الدول غير الإسلامية على جعل محكمة العدل الإسلامية الدولية هى الهيئة القضائية التى تلجأ اليها للفصل فيما قد يثور من منازعات بينها وبين تلك الدول غير الإسلامية . ومن المقبول — كما يقول الدكتور فتحى عثمان — أن يكون غير المسلم قاضيا جنائيا ، وبخاصة إذا لوحظ أن أغلب الأحكام هى مر

باب التعزير الذى تقرره السلطة التشريعية ، أو يترك فى نطاق ما للقاضى عند تقرير العقوبات . والحدود المنصوص عليها شرعا معدودة ، وقد تكون لها دوائر خاصة مثلما هو الحال فى دوائر الجنايات فى كثير من الدول الآن . ويحسن أن يكون رئيسها وأغلب أعضائها فى الدولة الإسلامية من المسلمين ، ولا بأس ان يكون احد اعضائها غير مسلم . ومن المقبول كذلك أن يكون غير المسلم قاضيا مدنيا . ومن الطبيعى أن يكون قاضى الأحوال الشخصية للمسلمين مسلما ولغير المسلمين واحدا من دينهم ومذهبهم للطابع الدينى الغالب على هذه الاحكام » (فهمى هويدى ـــ مواطنون لا ذميون ـــ القاهرة وبيروت ١٩٨٥ ، ص ١٧٢) . ولعل صاحب الرأى قد تجاوز بحماسه بعض الحدود لكنه رأى له وجاهة وجدير بالاعتبار .

ب) العقل والبلوغ والحرية :

بديهى أن يشترط فى القاضى أن يكون عاقلا لأن القلم مرفوع عن المجنون بل إن من الفقهاء من يتطّلب فى القاضى عقلا فطنا ذكيا . وقد خص الله سبحانه وتعالى سليمان بالفهم الذى لم يتوفر لداود فاستطاع بذلك أن يصيب كبد الحقيقة فى حكمه « وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما » . (الانبياء / ٧٨) .

كذلك يجب أن يكون القاضى بالغا ، فلا يجوز أن يتولى الصغير القضاء لأن الصبى أيضا قد رفع عنه القلم .

كذلك لا يملك غير الحر ولاية القضاء لأن العبد لا يملك التصرف فى نفسه فهو ملك لسيده .

ج) العدالة :

يجب أن يكون القاضى عادلا . ولكن ماذا نقصد بالعدالة ؟ اختلف الفقهاء فى الشروط التى ترسم حدود منفذ العدل فى الإنسان .

يرى المالكية والحنابلة أن العدل هو من لم يرتكب كبيرة ولم يصر على صغيرة واجتنب مايخل بمروءة امثاله .
وقيل إن العدل هو من لم تغلب معاصيه على طاعاته .
بيد أن الاعتماد على معيار التفرقة بين الكبائر والصغائر هو اعتماد على معيار غامض حيث لا يوجد حد متفق عليه لتلك التفرقة .
ولذلك قد يكون من الأفضل الأخذ فى تعريف العدل بما قاله متأخرو الحنفية وهو أن العدالة تعنى رجوح كفة حسنات المرء على سيئاته ، لأن هذا يعنى أن العدل هو استقامة النفس وعدم الجرأة على الحرام .

ولكن الحنفية يتنازلون عن هذا الشرط ويجيزون تقليد الفاسق ولاية القضاء مع الكراهة . بيد أن هذا القول يتعارض مع مقتضى الآية الكريمة « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » ... الآية » (الحجرات / ٦) . لأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهدا ، فلا يجوز من باب أولى أن يكون قاضيا . ولذلك منع الحنفية كل محدود بحد قذف من تولى القضاء ، وكأنهم بذلك يرجعون إلى المبدأ الذى يقول به الجمهور وهو أن من لا تقبل شهادته لا تجوز ولايته .
وعليه فإن العدالة شرط لازم فى صحة تولى القاضى .

د) الاجتهاد فى علوم الشرع :

انقسم الفقهاء حول تحديد درجة الاجتهاد التى يجب أن يبلغها من يصلح لتولى القضاء . فمن الفقهاء من يشترط فى القاضى أن يبلغ درجة الاجتهاد المطلق . أي أن يحيط بأهلية الاستنباط من مصادر التشريع على نحو ما اسلفت عند الكلام على الاجتهاد .
ومنهم من اكتفى بأن يكون القاضى عالما فقيها قادرا على انزال الحكم على الواقعة المطروحة فى الدعوى القائمة . ذلك أنه حامل امام إلا وتوقف فى مسائل .

وذهب جمهور الحنفية إلى جواز تولى العامى . وقد نقل هذا الرأى عن

الامام مالك . وهذا قول ساقط فكيف يتصور عقلا وشرعا أن يتولى الجاهل منصب القضاء ، والصحيح الذى يقبله المنطق أن يكون العلم أصلا فى جواز تولى منصب القضاء ، بعض النظر عن درجة العلم المطلوب ، لأن الرسول ﷺ اخبر بأن من يقضى بين الناس على جهل فهو فى النار . قد يقال إن الإمام إذا عيّن قاضيا وجب على الناس طاعته لأن طاعة الإمام فرض على المسلمين ، ولكن الرد على ذلك هو أنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، ومادام أن الرسول ﷺ قد ذكر القاضى الجاهل كأحد قاضيين يدخلان النار فان تعيين الجاهل فى منصب القضاء يكون معصية . ثم إن مثل هذا التصرف يخرج بالإمام عن التزامه برعاية شئون المسلمين « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » . ومن ثم فإن صلاحيات الإمام ليست مطلقة بل إنه مقيد بأمور منعه الإسلام من تجاورها .

والراجح أن النظرية الإسلامية لا تأخذ بمدرك السوابق الأنجلو سكسونى ، فالقاضى الإسلامى — شأن القاضى فى النظام اللاتينى — غير مقيد بحكم سابق ولو كان هو الذى حكم به . ولذا جاء فى عهد عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الاشعرى « ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل » .

هـ) الذكورة :

اختلف الفقهاء فى شرط الذكورة وجواز تولية المرأة منصب القضاء وذهبوا فى ذلك مذاهب ثلاثة :—

(١) عدم جواز تولى المرأة منصب القضاء مطلقا .
(٢) جواز قضاء المرأة فى غير الحدود والقصاص .
(٣) جواز ولاية المرأة لمنصب القضاء مطلقا .

ولا أريد أن أفيض فى هذا الشرط لأن القول فيه يطول ، وهو ليس من صلب هذه الدراسة ، إذ كل ما أبتغيه هنا هو مناقشة القضاء كدليل من أدلة الاجتهاد وكطريقة من طرق الاستنباط .

اختصاص سلطة القاضي :

ان صيغة تولية القاضي لمنصبه هي التي تحدد نطاق الاختصاص النوعي والاختصاص المكاني والاختصاص الزماني والاختصاص الشخصي للقاضي ، فهي تبين أي القضايا يختص بنظرها واي دائرة جغرافية يتولى فيها القضاء ، والزمن الذي يجلس فيه للقضاء والاشخاص الذين يفصل في خصوماتهم .

فذلكة :

يبين لنا مما سلف أن هناك شروطا لابد أن تتوفر فيمن يصلح للقضاء وأن اقل مايتطلب في القاضي من حيث العلم هو أن يكون فقيها قادرا على أن ينزل الحكم على الواقعة المطروحة أمامه . ومن ثم فان القاضي يجب أن يكون مجتهدا ولكن لا يشترط فيه الاجتهاد الكلي وإنما يكتفى فيه بالقدرة على الاجتهاد الجزئي . وتبعا فان القاضي مجتهد وقضاؤه اجتهاد وهكذا يكون القضاء اجتهادا قضائيا ، والشروط التي الحت اليها آنفا شروط منطقية في القاضي ، سواء جلس للقضاء الوطني أم جلس للقضاء الدولي لأن الولاية واحدة في الشريعة الإسلامية .

ولنا أن نقارن بين شروط القاضي التي أسلفتها وبين ماجاء في نظام محكمة العدل .
وقد يكون من المناسب أن استكمل هذا العرض عن القضاء في الإسلام بصورة من صور القضاء الدولي الإسلامي الحديث وهي محكمة العدل الإسلامية الدولية .

محكمة العدل الإسلامية الدولية :

يطيب لي ــ وأنا بصدد الكلام عن القضاء في الإسلام ــ أن أعرج بكلمة على أول هيئة قضائية دولية في تاريخ العلاقات الدولية الإسلامية ، ولو أن نظامها لم يدخل بعد طور التنفيذ . تلك هي محكمة العدل الإسلامية الدولية ، إحدى مبادرات منتظم المؤتمر الإسلامي .

ان المحكمة ــ حسبما أوضحته مادتها الأولى ــ هي الجهاز القضائي

الرئيسى لمنظم المؤتمر الإسلامى وتقوم على أساس من الشريعة الإسلامية وتعمل بصفة مستقلة ــ وقد يوحى هذا بأن هناك أجهزة قضائية أخرى للمؤتمر وأن المحكمة هى الجهاز الرئيسى من بينها ، وقد يعين على تقبل هذا الفهم أن للمحكمة أن تشكل هيئات أخرى لتسوية المنازعات كما يتضح لنا بعد قليل . ولكنى أرى أن وصف المحكمة بأنها الجهاز الرئيسى يعنى أنها احدى الاجهزة الرئيسية التى يتشكل منها المؤتمر كمنظم دولى .

وقد اختيرت الكويت مقرا للمحكمة ، والكويت هى ايضا مقر الهيئة القضائية الخاصة بمنظمة الأقطار العربيه المصدرة للبترول . وتتشكل المحكمة من سبعة قضاة يختارون بالاقتراع السرى من قبل المؤتمر الإسلامى لوزراء الخارجية ومدة عضوية القاضى اربع سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة . وألاحظ على هذا الحكم أنه تطور للنظرية الإسلامية التقليدية ، ذلك أن تعيين القاضى حسب تلك النظرية هو أحد اختصاصات رئيس الدولة فكان المتوقع أن يعين هؤلاء القضاة من قبل مؤتمر القمة الذى يضم الرؤساء ، ولكن الرؤساء فوضوا ذلك الاختصاص لوزراء خارجيتهم باعتبارهم من وزراء التفويض . بل إن الاختصاص ــ فى شأن انتخاب الرئيس ونائبه ــ قد فوض إلى أعضاء المحكمة . ولعل من دبج نظام المحكمة لم يفكر فى أحكام النظرية الإسلامية التقليدية بقدر مافكر فى نظام محكمة العدل الدولية الذى تأثر به إلى حد واضح واقتبس منه الكثير ، وكان الأفضل لو أن مشترعى نظام المحكمة كانوا على بينة من مقتضيات النظرية الإسلامية وراعوا التماشى بأحكامها أو طوروها بما يتفق وواقع الدولة الإسلامية المعاصرة دون التضحية بروح المبادىء الإسلامية . أقول ذلك وفى ذهنى مآخذ تورط فيها نظام المحكمة الإسلامية بسبب هذه المجاراة التى لم تتسم بالتحرز الكافى . فنجد مثلا أن النظام يحرم انتخاب أكثر من قاض من رعايا دولة واحدة . وهذا الحكم يكشف عن تأثر واضح بالمفاهيم الغربية ذلك أن الجنسية فى النظرية الإسلامية لها جانبها الإسلامى فالإسلام دين ودولة ومن ثم فإن تقييد الاختيار بشرط الجنسية الاقليمية شرط يزكى مفهوما

لا يتسق مع وحدة العقيدة ويدرج عنصرا سياسيا فى محكمة قضائية ثم إنه يقلل من فرص اختيار الأصلح من حيث أن منع اختيار أكثر من قاض من دولة واحدة قد يفوت على المحكمة بعض العناصر الجيدة التى تحتاج إلى جهودها فى هذه المرحلة المتدنية من تجميع العالم الإسلامى حول مفاهيم قانونية إسلامية مشتركة . ولذا فإنى اعتبر أن القياس هنا على نظام محكمة العدل الدولية قياس بما لا يقاس ثم إن المحكمة الإسلامية ذات طابع عقائدى فهى تقضى بين دول ذوات عقيدة واحدة على أسس موحدة .

ويشترط فى عضو المحكمة أن يكون مسلما عدلا من ذوى الصفات الخلقية العالية ومن رعايا إحدى الدول الاعضاء ، وتلك شروط لاخلاف عليها سوى أنها حصرت الاختيار فى رعايا الدول الاعضاء وهذا نص قد يكون له مبرره ولكن عالمية الإسلام كان تقتضى أن نستبعد هذا القيد مادام أن الكفاءة والإسلام والعدالة وسمو الاخلاق قد توافرت فى القاضى ، ولعل المستقبل القريب يأتى بما يغنى عن الإبقاء على هذا الشرط .

ويجب ألا يقل عمر القاضى عن أربعين عاما وذلك شرط يساير المنطق الإسلامى لأن تلك هى السن التى يبلغ فيها المرء أشده « حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين عاما » (الاحقاف / ١٥) وهى سن النبوة .

ويتطلب نظام المحكمة فى القاضى أن يكون من فقهاء الشريعة المشهود لهم وله خبرة فى القانون الدولى وأن يكون مؤهلا للتعيين فى أرفع مناصب الافتاء أو القضاء فى بلاده . إن هذا الشرط يستوقف المرء لانه يضع حكما فى نقطة خلافية . ذلك أن الفقه — كما قدمت — على خلاف حول شروط القاضى فهناك من يشترط فيه الاجتهاد وهناك من يكتفى فيه بالتفقه . وواضح من النص أنه انحاز إلى الفريق الذى يكتفى أن يكون من فقهاء الشريعة المشهود لهم وأن يكون قد بلغ بفقهه مرتبة تؤهله للتعيين فى أرفع مناصب الإفتاء أو القضاء فى بلاده ، ولو أن هذا معيار شخصى من حيث أن اعتبارات التأهيل هذه قد تختلف من دولة إلى أخرى وقد يمثل هذا الاختلاف بونا شاسعا فى الفوارق .

أما شرط الخبرة فى القانون الدولى فشرط مطاط لأن مدى هذه الخبرة وفحواها أمر قد لاتتفق عليه الآراء ، وأغلب الظن أن القانون الدولى المقصود هنا هو القانون الدولى العام ولو أن إطلاق التعبير فى النص يمكن أن يسمح بصرف المعنى إلى كل من القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص ، وهذا المعنى الموسع هو ما أفضله لأن الإلمام بأحكام القانون الدولى الخاص له جوانبه الهامة بالنسبة للقاضى الدولى . وأيا كان الرأى فإن النص لم يتطلب فى القاضى أن يكون مجتهدا ولا حتى فقيها فى القانون الدولى لأن الخبرة — فى رأيى — دون التفقه وربما انصرف التعبير إلى الناحية العملية أكثر منه إلى الناحية الفقهية وإن اتمنى على الله إن يكون قيام المحكمة فاتحة الخير كى يتوافر اساتذة الشريعة الإسلامية على دراسة القانون الدولى توطئة لتطوير أحكام القانون الدولى الإسلامى ، لاسيما فى نطاق العلاقات السلمية .

وتتكفل المواد (٥ — ٧) ببيان الإجراءات التى تتبع لانتخاب اعضاء المحكمة وحالة استقالة القاضى وضمانات إقالة ومعالجة الوضع عند خلو المنصب ، وهذه كلها مستعارة على نحو أو على غيره من العمل الدولى المعاصر وتدخل — من حيث المبرر — فى العلم بشئون الدنيا ولذا فلا أرى مانعا من أن تتقبلها النظرية الإسلامية .

وتحرم المادة الثانية على العضو أن يمارس مهام سياسية أو إدارية أو أية مهنة أو يقوم بأى نشاط لا يتفق وكرامة القضاء واستقلاله أو أن يعمل مستشارا أو وكيلا أو محاميا أو محكما أو يشتغل بأى عمل مهنى يتنافى وعضويته فى المحكمة ، كما لا يجوز له أن يشترك فى الفصل فى أية قضية سبق عرضها عليه بوصفه عضوا فى محكمة وطنية أو دولية أو لجنة تحقيق أو أية صفة أخرى . وعند قيام الشك فى ذلك تفصل المحكمة فى الأمر . وهذه كلها أحكام تستهدف البعد بالقاضى عن مواطن الشبهات وتسايرها الممارسة الدولية المعاصرة وماهى إلا صياغة حديثة للنظرية الإسلامية التقليدية التى تأمر بأن يترك المرء مايريبه إلى مالا يريبه فمن حام حول الحما أوشك أن يقع فيه .

وتشترط المادة التاسعه أن يحلف كل عضو فى أول جلسة علنية اليمين التالية : « أقسم بالله العظيم أن أتقى الله وحده فى أداء واجباتى وأن أعمل بما تقتضيه الشريعة الإسلامية » .
إن اشتراط القسم كضمان لصدق العزيمة ليس من الأمور المستغربة ولكنه فى هذا المقام بدعة نقلها نظام المحكمة عما يجرى عليه العمل الدولى الراهن . وكنت أفضل لو أن نظام المحكمة أغفله فهذا لم يجر عليه الأمر فى العهد الأول من الإسلام وقد يشير من طرف خفى إلى أن الاطمئنان إلى القاضى على الرغم من الشروط التى أسلفت وجوب توافرها فيه — ليس قاطعا . ثم إن عبارة القسم تزيد الطين بلة لأنه يحلف على التزام أحكام ميثاق المؤتمر الإسلامى الأمر الذى غشى على أن أتبين مقصوده بدقة . المقصود أن يتقيد القاضى باحكام ميثاق المؤتمر ومايتبع ذلك بداهة هو التقيد بقرارات ذلك المؤتمر . فلو أن المؤتمر أصدر توجيها فى قضية ما ، التزم القاضى فى حكمه بذلك التوجيه ولو كان على خلاف مايرى أنه هو الحكم الصحيح ؟ : ثم إن القاضى يقسم أيضا على العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد الدين والقول عندى ان التعبيرين (الشريعة والدين) بالنسبة لاختصاص المحكمة متداخلان وكان يكفى الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية اللهم إلا إذا كان المقصود بالشريعة الإسلامية أحكام المعاملات وبالدين أحكام العبادات ، ومن ثم فهو يقسم على مراعاة أحكام الشريعة عملا وعبادة ، وتفسير النص على هذا النحو يثير تساؤلا حول معقبات ذلك على وضع القاضى ، فهل يجوز مثلا للمتقاضين مناقشة السلوك الدينى للقاضى ورده عن نظر الدعوى لمأخذ من المآخذ التعبدية عليه ؟ وهنا أذكر قول الحنفية فهم يجيزون تعيين الفاسق للقضاء ، مع الكراهية .

وتمنح المادة العاشرة للمحكمة وأعضائها ومواطنيها فى بلدان الدول الأعضاء الحصانات والامتيازات المقررة بموجب اتفاقية حصانات وامتيازات المؤتمر الإسلامى سنة ١٩٧٦ .

وترتب المواد ١١ — ١٦ بعض الأوضاع الخاصة بالمحكمة — فتبين محل

إقامة رئيس المحكمة وأمانة المحكمة وعقد الجلسات وتخلي عضو المحكمة عن النظر في قضية بعينها ، وتعالج الدوائر الخاصة التي يمكن أن تشكلها المحكمة وحق الدول أطراف أية قضية في ان يكون لها قضاة يجلسون مع بقية أعضاء المحكمة ويشاركون في الحكم على قدم المساواة مع سائر الاعضاء . وتلك نصوص يحاكي فيها نظام المحكمة الإسلامية نظام المحكمة الدولية ولكني أرى أن المحاكاة تفتقر إلى التوفيق في بعض الاحيان ، وحق الدول هذا بأن يجلس قاض من جنسيتها مؤقتا ــ واثناء نظر دعواها ــ مع باقي القضاة هو من الأمثلة على ذلك . إن المحكمة الدولية تنظر قضايا بين دول قد تختلف عقيدة وفكرا وتفرق بينها انقسامات سياسية واضحة أما المحكمة الإسلامية فتنظر قضايا بين دول توحدها عقيدة الإسلام وتقارب بينها مفاهيم وتجمعها أخوة الإيمان التي تهدهد من حدة الفواصل السياسية ، اللهم إلا إذا كان في ذهن من وضع النص أن من دول المؤتمر الإسلامي دولا لا يعتبر الإسلام هو دينها الرسمي ، وتلك مسألة أترك للواقع الحكم عليها . وربما كان الأوفق لو أن المشرع نظر هنا إلى المذاهب الفقهية ــ مادام أنه يريد أن يجلس قاضيا وطنيا ــ فسمح للدولة إذا كان مذهبها الفقهي غير ممثل أن تعين قاضيا يمثله ، ولكني أبدي هذا الاقتراح في غير حماس لأنني آمل أن تكون المحكمة أداة من الادوات الحميدة لإذابة الفوارق المذهبية وترجيح الأحكام الأنسب من بينها فتقضي بذلك على قدسية وثنية اقتضاها الرأي العام الإسلامي المعاصر على أصحاب المذاهب الفقهية .

وتتكلم المادتان ١٧ ، ١٨ عن المكافآت ومصاريف المحكمة الأخرى وتخول م ١٩ للمحكمة حق وضع لائحتها الداخلية وتتضمن م ٢٠ الأحكام المتعلقة بالسجل .

وتحدد م ٢١ الاختصاص الشخصي للمحكمة فتصرفه إلى الدول أعضاء منظم المؤتمر الإسلامي ، أما غيرها من الدول فيجوز أن تلجأ إلى المحكمة ولكن بالشروط التي يضعها مؤتمر وزراء الخارجية . وعضوية المؤتمر طبقا

للمادة ، ٨ من ميثاق المؤتمر تشمل الدول المشتركة فى مؤتمر ملوك ورؤساء الدول والحكومات الإسلامى بالرباط والدول المشتركة فى مؤتمر وزراء الخارجية الإسلامى فى جدة وكراتشى والموقعة على الميثاق . وحق لكل دولة إسلامية أن تنضم إلى المؤتمر الإسلامى بطلب . ومن ثم فإن السؤال هنا يدور حول الدول التى ليست عضوا فى المؤتمر وتريد أن تلجأ إلى المحكمة ، أهى الدول الإسلامية فحسب أم هى أية دولة سواء كانت إسلامية أم غير إسلامية مادام أن لجؤها إلى المحكمة مشروط بما يتطلبه منها وزراء الخارجية .

كذلك لنا أن نتساءل عن الانضمام إلى عضوية نظام المحكمة وهل يجوز لأية دولة ان تنضم إلى ذلك النظام أم أن هناك شروطا معينة يجب أن تتوفر فى الدولة كى تصلح للانضمام . إن هذه الشروط هى بداهة شروط الانضمام إلى المؤتمر الإسلامى وعلى الرغم من الملاحظات التى أبديتها على عضوية المؤتمر فإن الذى يتردد فى أروقة المؤتمر ان هناك شروطا لابد من توافرها كى تصلح الدولة للعضوية الإسلامية . تلك هى أن يكون رئيسها مسلما وأن تقر عند الطلب الانضمام بانها دولة إسلامية ويرد نص بذلك فى دستورها وأن تكون غالبية سكانها من المسلمين .

وتأذن م ٢٣ للدول الاعضاء – وهذا يعنى أن النص لا ينصرف إلى غير الاعضاء – بأن تتقدم بطلب إلى المحكمة للسماح لها بالتدخل فى قضية معروضة .

أما ولاية المحكمة فتشمل – طبقا للماده ٢٥ – مايلى :

أ – القضايا التى تتفق الدول الأعضاء المعنية على إحالتها إليها .

ب – القضايا المنصوص على إحالتها إلى المحكمة فى أى معاهدة أو اتفاقية نافذة .

وألاحظ هنا أن الاختصاص شامل فهو لم يحصر القضايا فى نوع معين ولم يشترط – لاسيما فى الفقرة الأولى أن يكون النزاع ذاطبيعةدولية . كذلك

فقد غاير النظام بين المعاهدات والاتفاقيات وكان يمكنه الاستغناء بالاتفاقيات — بوصف أنها تعبير أعم — عن المعاهدات ولعله قصد بالمعاهدات الوثائق ذات الطبيعة التشريعية الغالبة وبالاتفاقيات الوثائق ذات الطبيعة التعاقدية الغالبة فضلا على أن النص على هذا العموم يجعلني أتساءل — لاسيما في ظل الظروف الجارية — عما إذا كان اختصاص المحكمة قاصرا على علاقات السلم أو أنه يمكن أن يمتد إلى علاقات الحرب كذلك .

ج — تفسير معاهدة أو اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف .

د — بحث اى موضوع من موضوعات القانون الدولى . ويستوقفنى هذا النص لأن نظام المحكمة يشترط فى القضاة الخبرة بالقانون الدولى . فإن كان من اختصاصهم بحث أى موضوع من موضوعات القانون الدولى وكان الأمر متعلقا بالقانون الدولى المعاصر فإن ذلك يعني أن الخبرة يجب أن تتجاوز معناها المتعارف عليه لتصل إلى معرفة تؤهل للبحث والقضاء . ثم إن تفسير النص على أنه يتعلق بالقانون الدولى المعاصر — وهذا هو التفسير الراجح عندى — يعنى أن هنالك مجالا تتنافس فيه المحكمة الإسلامية مع المحكمة الدولية . وأغلب الظن أن هذه المنافسة ليست لصالح المحكمة الإسلامية — لاسيما فى باكورة قيامها — لأن قضاة المحكمة الدولية أكثر تجهزا وخبرة فى مجال القانون الدولى من قضاة المحكمة الإسلامية ، ثم إن هذا لا يتفق مع م ٢٧ / أ من نظام المحكمة الإسلامية .

هـ — تحقيق واقعة من الوقائع التى إذا ثبتت كانت خرقا لالتزام دولى . ومرة أخرى اسأل هل الالتزام الدولى طبقا للقانون الدولى المعاصر أم الالتزام طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية . ومرة أخرى نلمح بصمات نظام محكمة العدل الدولية واضحة بسبب فرط حرص من صاغ النظام .

و — تحديد نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولى ومدى هذا التعويض . وهنا تتكرر ملاحظتى السالفة بشأن نوع الالتزام الدولى .

ان الشعار الواضح من [illegible] الذي يدخل في اطار القانون الدولي يعد [illegible] تتمسك به أصلا أن يكون [illegible] الشريعة الإسلامية [illegible] يكون [illegible] بالقانون الدولي هو القانون [illegible] الإسلامي [illegible] أو [illegible] مستقل القانون الدولي العام [illegible] أن [illegible] في المحكمة [illegible] بالصفة الإسلامية [illegible] من [illegible] التي [illegible] ولكن الأمر الذي لا ننفي أن النصوص الخاصة بالاختصاص في القانون الدولي نقلت عن النصوص المقابلة في نظام محكمة العدل الدولية [illegible] أفقد المحكمة الإسلامية الكثير من ذاتيتها وأضعف من تفردها

وقد نقل نظام المحكمة أيضا فكرة الاختصاص الإلزامى عن نظام محكمة العدل الدولية ولكنه تصرف فى تفاصيل ذلك الاختصاص وجوز فيها . وتقول م ٢٦ فى ذلك ما نصه « للدول الأعضاء فى المنظمة أن تصرح دوما أو بناء على اتفاق خاص بأنها تقر للمحكمة بولاية جبرية للفصل فى المنازعات القانونية مثل تفسير أحكام الشريعة الإسلامية وتفسير المعاهدات وموضوعات القانون الدولى ، التى تنشأ بينها وبين أية دولة تقبل الالتزام نفسه ، ويجوز أن يكون التصريح المشار إليه آنفا غير مقيد ، كما يجوز أن يكون معلقا على الولاية نفسها من جانب دولة معينة ، أو عدة دول أو خلال مدة محددة .... » . ولا أحس بالارتياح كثيرا إلى صياغة المادة لعدم دقتها أسلوبا وحكما ، فهى تجيز للدول الأعضاء قبول الولاية الجبرية حيال « اية دولة » تقبل الالتزام ذاته ، الامر الذى يعنى أن الولاية الجبرية يمكن أن تكون بين دولة عضو ودولة غير عضو فهل يفضى هذا إلى تقرير حق للدولة غير العضو فى الالتجاء إلى المحكمة دون أن تخضع فى ذلك لشرط التقيد بما يفرضه مجلس وزراء الخارجية (م ٧/٢١) . ثم إن النص أورد حالات الاختصاص الإلزامى على سبيل المثال ومعنى ذلك أن الدول مطلقة فى تحديد مجالات ذلك الاختصاص الإلزامى ، ولهذا مثالبه التى

حرص نظام محكمة العدل الدولية على تجنبها بتحديد القضايا التى يجوز فيها قبول الاختصاص الإلزامى .

وتنص م / ٢٧ على القانون الواجب التطبيق فتقرر أن :

أ ـــ الشريعة الإسلامية هى المصدر الاساسى الذى تستند إليه المحكمة فى احكامها .

ب ـــ تسترشد المحكمة بالقانون الدولى والاتفاقات الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف أو العرف الدولى المعمول به أو المبادىء العامة للقانون أو الاحكام الصادرة عن المحاكم الدولية أو مذهب كبار فقهاء القانون الدولى فى مختلف الدول .

والمادة فى مجموعها تعكس ماسبق أن قدمته من أن هناك دورا تبادليا بين النظرية الإسلامية والقانون الدولى المعاصر وأن المجال الاغلب فى هذا الدور هو للشريعة الإسلامية فالشريعة الإسلامية تحكم ولايحكم عليها . ولكنى آخذ على النص :

أ ـــ جعل الشريعة الإسلامية هى المصدر الاساسى وأطلق التعبير فى الشريعة الإسلامية ـــ وعند الاطلاق ـــ اتشمل المعاملات والعبادات . ولا أحسب أن من القضايا التى ستعرض على المحكمة قضايا تتطلب الفصل فى بعض الأمور التعبدية ولعل النص هنا أراد أن يطلق التعبير العام وهو يقصد به المفهوم الخاص بالمعاملات .

ب ـــ ان حصر دور القانون الدولى فى أن يكون مصدرا ثانويا يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية التوفيق بين هذا النص وبين الاختصاص النوعى الواسع الذى منح للمحكمة فى أمور تتعلق أصلا بالقانون الدولى ، وهل يعنى هذا أن المحكمة سوف تبحث موضوعات القانون وتحقق فى الوقائع التى تنتهكه وتقضى فى التعويضات المترتبة على ذلك طبقا لاحكام الشريعة الإسلامية ؟ إن الراجح عندى هو أن وضع نظام المحكمة قد خلط الأمور فهو قد استقى فكرة من نظام محكمة العدل

الدولية . ولكنه أراد ان يلونها باللون الإسلامى فكان منبتا وجاءت نصوصه ممسوخة فى كثير من المواضع .

ج ــ بل إن من نقل عن نظام محكمة العدل الدولية لم يحسن قراءة نظامها فهو قد نقل الفقرة ب أعلاه عن م / ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ولكنه لم يتنبه إلى أن صدر المادة فرض على المحكمة العالمية ان تطبق أحكام القانون الدولى عموما ثم راحت المادة بعد ذلك تفصل الأدلة التى تستمد منها تلك المحكمة احكام القانون الدولى . أما من دبج م ٢٧ / ب من نظام محكمة العدل الإسلامية فقد خلط بين القانون الدولى وادلته فذكر القانون الدولى فى تصوره للقانون الذى يمكن أن تسترشد به المحكمة ثم أضاف إليها صورا اخرى هى فى الحقيقة أدلة هذا القانون وليست صورا منه .

د ــ وقد عدد الأدلة دون أن يتحرى الدقة فهو قد ذكر المبادىء العامة من بين ماتسترشد به المحكمة دون بيان أى المبادىء العامة يقصد . إن نص م ٣٨ يحدد تلك المبادىء بأنها المبادىء التى تقرها الدول المتمدينة فإن نحن تركنا المصطلح دون قيد أطلقنا الأمر وتركنا العنان ولهذا التصور خطورته فى محكمة يتأرجح نظامها بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولى .

وتذكر المادة / ٢٨ أن « العربية لسان القرآن المبين لغة المحكمة الأولى وهى مع الإنجليزية والفرنسية اللغات الرسمية المعتمدة » . إن هذه المادة التى صاغت حكمها فى عبارة شاعرية لم تألفها الصياغة القانونية قد اثبتت حكما بلا معنى، عندما قررت أن اللغة العربية هى لغة المحكمة الأولى ثم سكتت فلم ترتب على تلك الأولوية اثرا قانونيا ــ فيما عدا ماجاء فى م ٥٠ ــ إذا سوت بينها وبين اللغتين الإنجليزية والفرنسية . ولعلها أرادت بهذا الوصف الرقيق أن تستحث الدول الاعضاء على الاهتمام باللغة العربية والعمل على إحلالها المكان اللائق بها فى العلاقات الدولية . ولكنى أجد للنظام عذره فى اعتبار اللغتين الاجنبيتين

بمثابة لغات رسمية إذ لازالت العربية لغة غريبة بالنسبة للغالبية العظمى من المسلمين .

وتتكفل المواد ٢٩ ـــ ٤١ ببيان آداب التقاضى ـــ أى احكام المرافعات بالتعبير الحديث ـــ فتعالج ظروف رفع الدعوى ، واجراءات نظرها والإعلانات القضائية وتسيير الدعوى وتلقى البيانات والتدابير المؤقتة وتمثيل الأطراف والتخلف عن الدعوى .

وتمنح م ٤٢ للمحكمة حق الافتاء « فى المسائل القانونية غير المتعلقة بنزاع معروض عليها وذلك بطلب من اية هيئة مخولة بذلك من قبل مؤتمر وزراء الخارجية » . وهكذا أوجد نظام المحكمة هيئة دولية اسلامية للافتاء . ولكنه لم يعط حق طلب الفتوى للدول بل اعطاه للهيئات فرتق بذلك فتقا فى التنظيم الدولى الإسلامى إذ يضاف جهدها إلى جهد مجمع البحوث فى المؤتمر . ولكن حق الافتاء يتطلب مزيدا من التدقيق فى المستوى الفقهى الذى يجب أن يكون عليه القضاة . ولا أدرى هل يكفى فيه ما اشترطه نظام المحكمة من مؤهلات فى القاضى . والذى يبدو من العبارة العريضة التى ورد بها النص أن الفتوى قد تكون فى مسألة شرعية وقد تكون فى مسألة دولية ، وقد رسمت المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٧ اجراءات اصدار الفتاوى ونشر الاحكام والفتاوى . وأود أن أضيف هنا أن جمهور الفقهاء المسلمين يكره للقاضى أن يفتى فى مجلس القضاء ، ولذا يجب مراعاة ذلك فى وصف الوظيفة الافتائية للمحكمة .

ومن الطريف ـــ والغريب ايضا ـــ أن المادة / ٤٦ تجيز للمحكمة « أن تقوم ـــ عن طريق لجنة من الشخصيات المرموقة ـــ أو عن طريق كبار المسئولين فى جهازها بالوساطة والتوفيق والتحكيم فى الخلافات التى قد تنشب بين عضوين أو أكثر من أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامى إذا أبدت الأطراف المتنازعة رغبتها فى ذلك ، إو إذا طلب ذلك مؤتمر القمة الإسلامى أو المؤتمر الإسلامى لوزراء الخارجية بتوافق الآراء » . وأغلب الظن أن هذه المادة تعالج الحالة التى يراد فيها الفصل فى النزاع طبقا لقواعد العدل والقسطاس لأن

اعضاء الهيئة التى تشكل لا يشترط فيهم تفقه فى الشريعة ولا خبرة بالقانون الدولى وإنما اشترط أن يكون الشخص مرموقا أو من كبار مسئولى المحكمة . ووجه الغرابة أن القرار لابد أن يكون له سنده من الشريعة الإسلامية مادام أنها هى المصدر الأساسى الأول فكيف يمكن لأعضاء المحكمة مراعاة ذلك وهم غير مؤهلين له ، أم هل قصد النظام إلى صورة من صور فض النزاع يكون فيها القرار مستندا إلى اعتبارات زمنية وضعية خالصة دون التقيد بأحكام الشريعة . فإن صح هذا التصور وإنى أحب أن استبعده فلا ننسى أن القرار منسوب للمحكمة أى لمحكمة العدل الإسلامية وربما كان الأفضل لو أن دور المحكمة اقتصر على اختيار الوسيط (المحكم أو الموفق) دون أن ينسب نشاطه إلى المحكمة .

وترتيب م ٤٨ اجراءات تعديل نظام المحكمة . أما م ٤٩ فتقرر أن يبدأ سريان نظام المحكمة « بمجرد ايداع ثلثى تصديقات الدول الاعضاء وفق احكام المادة / ١١ من الميثاق » .

وتختتم المادة / ٥٠ نظام المحكمة بالنص على أن النظام « حرر باللغات الرسمية الثلاثة للمنظمة وكلها متساوية فى حجتها ، وعند الخلاف حول تفسيره أو تطبيقه تكون اللغة العربية هى المرجع » .

ومن الطلى أن أختم تعليقى على نظام المحكمة بأن ما أبديته من ملاحظات لا يقلل من سعادتى بتلك الخطوة المباركة والبادرة المستحسنة التى طال انتظارنا لها . وإنه لأمر طبيعى أن تتسم المحاولة الأولى ببعض الهنات وأن ينتابها قدر من اللمم ، ولكن التجربة والخطأ هما السبيل إلى الصواب بإذن الله . ولعل المحكمة تكون بتوفيق من الله قطر غيث ينهمر وبشرى أمر يستقر . وإذا كانت المحكمة ـ كمنتظم دولى ـ هى منتظم إقليمى فإنها ليست بذلك بدعة فى العلاقات الدولية فقد قامت محكمة عدل لدول أمريكا الوسطى ردحا من الزمن كما سبق أن أعدت جامعة الدول العربية مشروعا لمحكمة عدل عربية ، ونشهد اليوم من بين ما نشهد محكمة عدل أوروبية .

ولا أود أن اترك هذا المقاد دون أن أشير إلى رأى لأحد علماء المسلمين المحدثين وهو الفقيه الباكستانى أبو الاعلا المورودى الذى أبدى رأيا بشأن القضاء في الباكستان ولكن عبارته من العموم حيث تفيد أن هذا هو رأيه بالنسبة للقضاء عموما . يدعو صاحب الرأى إلى إصلاح بتحقيق أمور في غاية الأهمية عنده وأولها وهو الذى يهمنا هنا هو الغاء مهنة المحاماة . فالحقيقة عنده أن الإسلام يأبى تلك الحرفة ولا يفرد لها مكانا فى بنية النظام القضائى لأنها نقيض لروحه وتقاليده وهى بدعة لم يكن يسير عليها المسلمون فى عهد سابق على سيطرة الحكم الغربى على المسلمين . والإسلام بطبيعته يأبى ألا ينال المؤمن حقه إلا بعد أن يدفع ثمنا لذلك عند العدالة ، يقصد طبعا أتعاب المحاماة . (أبو الاعلى المورودى ـــ نظرية الإسلام ترجمة دار الفكر سنة ١٩٦٠ ص ٢١١ ـــ ٢٢٦) . وهذا رأى يصدر فى تقديرى عن مسلم يتحمس لديه ولعله متأثر بما هو شائع عند بعض العامة من أن المحاماة مهنة تضلل العدالة ، ولكن المتدبر للامور فى هدوء وروية لابد أن يحبذ تدعيم مهنة المحاماة فى إطارها القويم فالمحامى كما يقولون هو قاض واقف وتبعا فإن مؤهلاته هى مؤهلات القاضى ، وماأجمل أن تشهد ساحات العدالة حوارا بين متفقهين حول أمر ما ـــ هو موضوع القضية ـــ فيكون كل منهما معينا للآخر للوصول إلى الحقيقة . وأى فرق هنا بين المحامى وبين وكيل القوم إذا تعددت أشخاص أحد أطراف القضية . وإنى أذكر هنا على سبيل المثال قضية سمرقند التى اشتكى فيها أهل سمرقند من جور قائد جيش المسلمين فطلب القاضى إليهم أن يختاروا من يعرض ظلامتهم ، فكان ذلك عندى بمثابة محام يترافع باسم القوم وينافح أمام القاضى عن دعواهم ، وكان ذلك فى عهد الخليفة الراشد الخامس عمر بن عبد العزيز .

والطريف أن نظام المحكمة لم يشر إلى مايتمتع به اعضاؤها من حصانات وامتيازات مع ان هذه الحصانات والامتيازات ليست غريبة على الممارسة الإسلامية الدولية ومن سوابقها ماتقرر من حصانات للمحكمين الذين عينا للحكم فى الخلاف بين على بن أبى طالب ومعاوية ومامنحا من أمان على

أرواحهما وأموالهما ، وقد يكون فى حصانات وامتيازات منتظم المؤتمر الإسلامى غناء عن ذلك .

استطراد : التحكيم فى النظرية الإسلامية :

قلت إن القضاء فى الإسلام قد يكون قضاء عاديا وقد يكون قضاء استثنائيا . أما القضاء العادى فهو قضاء الحاكم ويديره القاضى . وأما القضاء الاستثنائى فهو قضاء المظالم وهو قضاء ذو سمة سياسية ، ولذا فهو أدخل فيما يطلق عليه الفقهاء « السياسة الشرعية » . والفرق بين القضائين أن قاضى المظالم له سلطة تقديرية واسعة ولا يتقيد بالاجراءات التى يسير عليها القضاء العادى . ثم إنه قد يفصل فى منازعات تتعلق بالجماعات والهيئات . ومن هنا فإن قاضى المظالم لابد أن يتمتع بسلطة واسعة وولاية قادرة حتى يستطيع أن يفرض أحكامه ، فلا غرو أن يكون قضاء المظالم فى بدايته هو من الولايات المباشرة لإمام المسلمين .

والحق أن التحكيم صورة من صور الفصل فى المنازعات ولذا فإن مجال الكلام عليه يتصل بداهة بالكلام عن القضاء . وقد عرف العرب التحكيم منذ جاهليتهم بتولية رئيس القبيلة أو الكاهن أو واحد من مشاهير الرجال لاسيما خلال المواسم السنوية مثل سوق عكاظ .

وقد أشار القرآن الكريم إلى التحكيم وجعله ملزما فى حالتين : (١) الاحتكام إلى الرسول ﷺ « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » النساء/ ٦٥ . (٢) الأحتكام إلى فرقاء من اهل الزوجين عند احتدام الخلاف بينهما . ولذا فقد أقرت النظرية الإسلامية نظام التحكيم لانه يتفق وغاية الإسلام وروحه . لعل ابرز مثل للتحكيم فى التاريخ الإسلامى هو التحكيم بين الرسول وبنى قريظة ومن بعده التحكيم بين على بن ابى طالب ومعاوية بن أبى سفيان . واستنادا إلى سابقة الرسول بشير الشيبانى على الإمام بأنه يجوز

للمسلمين أن يوافقوا على أن يعرض على ثالث النزاع الذى يتردد حول أمور تتعلق بانهاء القتال أو إنهاء معركة فعلية .

وقد خصصت مجلة الأحكام العدلية فصلا بذاته للتحكيم ضمنته المواد (١٨٤١ — ١٨٥١) . والواقع أن الفقه التقليدى لم يول التحكيم اهتماما كبيرا من حيث الدراسة والتفصيل . وأغلب الظن أنه اتجاه الفقه حيال التحكيم يمكن أن ينقسم إلى قسمين :

١ — اتجاه ينظر إلى مشارطة التحكيم على انها عقد بوصف انها عرض وقبول . وينشطر هذا الاتجاه شطرين فريق يرى ان مشارطة التحكيم عقد صحيح ولكنه غير ملزم ذلك أنها ليست من بين العقود المسماة التى تكلم عنها الفقه على أنها ملزمة . ومن ثم فإن أطراف التحكيم يستطيع أى منها أن يتقايل الالتجاء إلى التحكيم ولكن خلافا يثور بين أصحاب هذا الرأى فمنهم من يرى أن حق التقايل يسقط بمجرد ان يبدأ المحكمون فى مباشرة مهمتهم ومنهم من يرى أن هذا الحق لا يسقط إلا بصدور حكم التحكيم . ذلك أن الحكم يعتبر أنه صادر عن وكلاء الاطراف فى حدود مالهم من وكالة .

وتميل المجلة إلى هذا الرأى فهى تعالج التحكيم على أنه عقد ولذا ترتب أوصافا للتحكيم هى فى واقعها أثر للسمة التعاقدية غير الإلزامية للتحكيم . فهى تتطلب أن يصدر الحكم بإجماع المحكمين ولا تجيز أن يكون لأى محكم رأى فردى (م ١٨٤٤) لأن الإجماع هو الذى يعبر عن ارادة الطرفين . ويجوز لأى طرف أن يعزل محكمه مادام أن الحكم لم يصدر إلا إذا كان القاضى قد صدق على تعيين الحكم فعندئذ لايجوز لأى من أطراف التحكيم عزله (م ١٨٤٧) . بل إنه يجوز لأى طرف عزل محكمه حتى ولو كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك . إن التحكيم فى هذا الرأى أقرب إلى التوفيق منه إلى القضاء .

بيد أن من الفقهاء من يرى أن التحكيم عقد صحيح وملزم بمقولة إن التفرقة بين العقود المسماة وغير المسماة فى الشريعة الإسلامية تفرقة زمان ومكان ،

فما ذكره الفقهاء القدامى من عقود لايعدو أن يكون تعدادا لما كان معروفا فى زمانهم وتبعا فإن الحكم على العقد من حيث الإلزام وعدم الإلزام إنما يخضع للقاعدة العامة وهى أن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا يحل حراما أو يحرم حلالا . وليس فى التحكيم — من حيث الأصل — مايحل حراما أو يحرم حلالا . وتبعا فإن مشارطة التحكيم عقد صحيح ولايستطيع أطراف التحكيم التحلل منه إلا طبقا للقواعد العامة فى العقود . وتلك على مااعتقد كانت نظرة على بن أبى طالب فى التحكيم بينه وبين معاوية إذ رفض أن يتحلل منه على الرغم مما يعاب على التحكيم من مثالب .

٢ — واتجاه عام آخر ينظر إلى التحكيم على أنه نوع من القضاء مستقل عن إرادة الطرفين وتبعا فهو يعامل كحكم القاضى العادى من حيث الإلزام على الطرفين . وهذا الرأى ورد عن الشافعى ، كما ورد عنه مايفيد النظرة التعاقدية كذلك .

ويشترط جمهور الفقهاء لسلامة التحكيم عدة شروط أهمها :

أ — أن يجرى الاتفاق عليه ممن يملكون أهلية التصرف ، ومن ثم فلا يجوز لمن يسميهم الفقه بالمهجورين ، أى من لا أهلية لهم ، الاتفاق على التحكيم .

وهنا يثور التساؤل عن الشخص المعنوى وهل يملك أن يبرم مشارطة للتحكيم ؟ لقد ناقشت مدرك الشخصية المعنوية فى النظرية الإسلامية وأوضحت أن جمهور الفقهاء لايقر بالشخصية المعنوية وإن وجدت بعض تصورات لها وانتهيت إلى أن النظرية الإسلامية تتسع لمدرك الشخصية المعنوية . ومن ثم فالقول عندى أن الدولة — كشخص معنوى — تملك أن تبرم مشارطة التحكيم مادام أنها تتمتع بالأهلية التى تسمح لها بذلك ، وفى قول آخر مادام أنها تتمتع بقدر من السيادة يؤهلها للقيام بذلك التصرف . ولعل مناقشة مدى شرعية الشخصية المعنوية أصبحت مسألة نظرية بعد أن اقرت تشريعات الدول الإسلامية فكرة الشخص المعنوى .

٢ ــ ان يكون هناك نزاع فعلا . ويثير هذا الشرط تساؤلا حول مدى سلامة شرط التحكيم الذى قد تتضمنه بعض العقود والمعاهدات ؟ . لم يهتم الفقه التقليدى بمناقشة هذه القضية ولعل عذره فى ذلك أن اقتصاديات الحياة لم تكن تتطلب إدراج مثل هذا الشرط فى العقود أو المعاهدات . ولكن بعض الفقهاء المتأخرين ذهبوا إلى بطلان هذا الشرط على أساس انه غرر ، ذلك أن الاطراف المتعاقدة أو المتعاهدة لاتعرف وقت الاتفاق على الشرط مادا سيكون عليه الحال بالنسبة لهم عند نشوء النزاع الذى يقرر الشرط أن يسوى عن طريق التحكيم . ومن ثم فإن الشرط يبطل ويظل العقد صحيحا والمعاهدة صحيحة

وذهب آخرون إلى أن الشرط صحيح ولكنه غير ملزم . وأولئك هم الذين يرون أن التحكيم أساسا صحيح ولكنه غير ملزم ، بيد أننا إذا أردنا أن ننتهى إلى الرأى الأكثر تمشيا مع منطق النظرية الإسلامية فإننا يجب علينا أن نناقش شرط التحكيم فى محتوى احكام الشروط فى الشريعة الإسلامية .

لقد احتلف الفقهاء حول الشروط ومتى تكون صحيحة ومتى تكون فاسدة ومتى تفسد العقد كله ومتى يبطل الشرط ويظل العقد صحيحا . وقد ناقشت ذلك وأنا بصدد الكلام على أحكام التحفظات فى المعاهدات . والحق أن شرط التحكيم لاغرر فيه ولا مخاطرة فإن كل مايستهدفه هو رسم طريق لإقرار الحق وتأكيده ، ولذا فانى اكتفى هنا بقول ابن تيمية وهو أن للشرط لا يكون فاسدا إلا اذا كان معارضا لغرض العقد أو محرما بنص . ومن ثم فان الشرط عند ابن تيمية يكون صحيحا ولو كان غير مناسب للعقد أو للمعاهدة . ويستند ابن تيمية فى رأيه على عدم صحة الحديث الذى نسب إلى الرسول ﷺ من تحريم إبرام صفقتين فى عقد واحد .

والواقع أننا حتى لو سرنا على أن الحديث صحيح فإن الغاية منه هى منع التحايل بأن تخفى إحدى الصفقتين فائدة ممنوعة ، ومن ثم فإن شرط التحكيم لا يندرج تحت حكم الحديث لأنه ليس صفقة داخل صفقة ، ثم إنه لا يخفى

فائدة محرمة . وهكذا انتهى إلى سلامة شرط التحكيم الذى قد يتضمنه عقد دولى أو معاهدة .

٣ ــ أن يعين المحكم بالاسم وإلا فإن التحكيم لايكون ملزما . ويجب أن تتوفر فى المحكم الشروط المتطلبة فى القاضى وأن يكون صالحا لأداء الشهادة ويحسن أن يكون عارفا بالشريعة ، ولكن هذا ليس شرطا جوهريا . ويشترط كثير من الفقهاء أن يكون المحكم مسلما فإن كان المحكم أجنبيا جاز للقاضى المسلم أن يطرح تحكيمه جانبا ولا يلتزم به أو أن يرفض إعطاءه الصيغة التنفيذية الملزمة لا سيما إذا كان مخالفا للنظام العام الإسلامى أو حسن الآداب . ويختلف الفقهاء حول حكم التحكيم وهل يعتبر حكما أجنبيا لا تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية .

وهناك رأى يقول بجواز أن يكون المحكم غير مسلم قياسا على أحكام التحكيم بين الزوجين قبل التفريق بينهما ذلك أن القرآن الكريم يقضى بأن يبعث حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة فلو أن الزوجة كانت غير مسلمة فإن أهلها ــ ومنهم المحكم ــ غير مسلمين ، ومع ذلك فإن هذا التحكيم ــ كما أسلفت ــ تحكيم إلزامى . ويزكى هذا القول ــ على سبيل القياس أيضا ــ أن النظرية الإسلامية تجيز للمسلم المقيم فى الخارج أن يُشهد غير المسلمين إذا كان فى مرض الموت .

والقول عندى إن الرأى فى قبول غير المسلم محكما بين المسلمين يعتمد على نظرتنا إلى طبيعة الحكم . فإن ذهبنا مذهب القائلين بأن التحكيم عقد جاز أن يتفق الطرفان المسلمان على محكم غير مسلم . وإن اعتمدنا الاتجاه الذى يصف التحكيم بأنه قضاء فإنه عندئذ يكون من الولايات العامة . ورأى الجمهور أنه لا يجوز أن يتولى غير المسلم ولاية عامة على المسلمين لقوله عز وجل « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) كما أن جمهور الفقهاء على أن ولاية المسلم على غير المسلم ولاية عامة لاتصح ولاتثبت . وتبعا فلا يجوز أن يكون المسلم محكما بين غير المسلمين . ولكننى على فرض مسايرة

هذا الرأى ـــ أزكى ماقاله الكمال من جواز أن يتولى المسلم التحكيم بين غير المسلمين لأنه رأى حسن لاتأباه قواعد المذهب ، ذلك أن الولاية تثبت للمسلم على الكفار إذا كان سلطانا (بدران ابو العينين بدران ـــ العلاقات الاجتماعية بين المسلمين فى الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية . الاسكندرية ١٩٨٤ ، ص ١٩٧) . كما لاننسى أن رسول الله ﷺ كان هو الحكم الأعلى حتى بين غير المسلمين وذلك بأمر من القرآن . وإذن فالدولة الإسلامية يجوز لها ـــ على رأى ـــ أن تقبل تحكيم محكم أجنبى فى نزاع بينها وبين دولة اسلامية ، ويمتنع عليها ذلك على رأى آخر . بيد أننى أرى كراهية أن تقبل الدولة الإسلامية محكما غير مسلم فيما يثور بينها من خلافات بل وحتى فيما يثور بينها وبين دولة غير إسلامية إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة ملحة حتى ولو سايرنا القول بأن التحكيم ذو صفة عقدية . ويبدو أن هذه الضرورة قائمة الآن بالنسبة للتحكيم الذى يكون أحد أطرافه دولة غير اسلامية ، لاسيما إذا كانت الدولة المخالفة من الدول الكبرى ، وذلك بسبب الظروف التى تمر بها الدول الإسلامية فى عصرنا الحاضر .

فاذا قبلنا المحكم غير المسلم فإن حكمه لايعتبر أجنبيا إلا إذا كان بين غير المسلمين .

ويبدو أن النظرية الإسلامية تفرق فى هذه القضية بين القضاء والتحكيم فتتشدد فى عدم جواز تقليد (الذمى) للقضاء ، وتتساهل فى حالة التحكيم .

وحكم (الذميين) فى شئونهم الخاصة التى تتعلق بمعاملاتهم تفترض من قبيل التحكيم لا القضاء . غير ان الاحناف أجازوا تقليد الذمى القضاء بين (الذميين) والمستأمنين ـــ دون المسلمين ـــ وقالوا إن أهلية القضاء بأهلية الشهادة (محمد سلام مدكور ـــ القضاء فى الإسلام ، ص ١٢٤) .

ويطبق المحكم ـــ فى النظرية الإسلامية ـــ الأحكام التى يراها مناسبة ولكن هذا لا يعنى تحرره من أحكام النظام الإسلامى كلية . وعليه أن يسبب حكمه وإن كان التفصيل فى أليست ليس متطلبا .

وحكم المحكم نهائى وملزم وذلك استنادا إلى ارادة الطرفين عند من يرون أنه تعاقدى واستقلالا عند من يرون انه نوع من القضاء ، وأثر الحكم قاصر على طرفيه .

ويجوز أن يعاب على الحكم مايعاب على العقد (كالخطأ) عند من يقولون بأنه تعاقدى ومايعاب على القضاء عند من يقولون بأنه قضاء . وأقف عند هذا الحد من الكلام على التحكيم توخيا للإيجاز كى لا أتجاوز إطار هذ السفر ، وأترك المزيد من التفصيل لمراجعه إذا أراد الباحث أن يستزيد :

1- Meyer- Les Associations Musulmanes, Annales a L'ecole Libre des Sciences Politiques, 1885.

2- Moured, M.- Elude de droit Musulman et db DB droit Courumier, Berbere, Ancienne Maison Basride, Jordan, 1931.)

٣ ــ ادب القاضى للماوردى .

٤ ــ المغنى لابن قدامه .

٥ ــ معين الحكم للطرابلسى .

٦ ــ نهاية المحتاج للرملى .

٧ ــ تبصرة الحكم لابن فرهوم .

٨ ــ رد المختار لابن عابدين .

٩ ــ الوجيز للغزالى .

١٠ ــ رسالة الدكتوراه التى قدمها عمر القاضى لجامعة باريس / ١١ بعنوان L'Arbitrage international enter le droit musulman: et le droit Fransais et Egyptien.

١١ ــ مقال باللغة الانجليزية أعده عبد الحميد الأهدب بعنوان The Muslin Arbitration منشور فى Arab Comparative and Commercial law Law ، ج ١ ، لندن سنة ١٩٨٧ ، ص ٣٢٣ ــ ٣٨٩) .

استطراد : الحيل فى الفقه الإسلامى :

« الحيل » مصطلح يعرفه اكثر من فرع من فروع المعرفة : فهو فى العلوم العسكرية يعنى المكائد . وأول كتاب اسلامى ألف فى الحيل بهذا المفهوم كان كتاب الحيل للحرثى الشعرانى وقد رفعه مؤلفه إلى الخليفة المأمون . وهناك عدة كتب أخرى تعالج الحيل من الزاوية الحربية لعل اكثرها شهرة — بين القدامى — « التذكرة الهروية فى الحيل الحربية » لعلى بن أبى بكر الهروى ، وكتاب الحيل فى الحروب وفتح المدائن وحفظ الدروب وهو كتاب مسلم غير معروف . وإن نسب احيانا إلى الإسكندر المقدونى وتستند مشروعية تلك الحيل إلى قول الرسول ﷺ « الحرب خدعة » .

كذلك عرف علم الميكانيكا عند المسلمين باسم « علم الحيل » لكثرة مايحتويه مفاهيمه الهندسية من حيل علمية . ومن اهم الكتب التى الفت فى هذا الباب من الدراسة كتاب الحيل لموسى بن شاكر وكتاب فى معرفة الحيل الهندسية لأبى الرزاز الجزارى .

والحيل — فى الدراسات الجنائية — هى حيل الشحاذين والنصابين — والمؤلفات فى هذه الأمور قليلة ، اذكر منها كتاب المختار فى كشف الأسرار للجاحظ ففيه الكثير من تلك الحيل .

ولكن الحيل التى تستهم دراستنا هى الحيل الفقهية أى الحلول الذكية التى يستعان بها لتحقيق غايات يصعب تحقيقها إذا اتبعنا الحلول المباشرة التى تزودنا بها الشريعة الغراء . ولذا فقد ارتأت زمرة من الفقهاء أن الخروج من هذا الحرج لا يتأتى إلا بالخروج على تلك الحلول المباشرة بغية تحقيق النتيجة المرجوة والمثل يوضح ماأقول : تحرم آيات القرآن الفائدة الربوية تحريما قاطعا ولكن هناك فى الوقت ذاته حالات خاصة تمس فيها الحاجة للتعامل بالفائدة فى المعاملات التجارية . ولذا فقد تحايل نفر من الفقهاء لإشباع تلك الحاجة دون الخروج على النصوص وتذرعوا لذلك بعدة حيل أشهرها هى قاعدة « بيعة ببيعة » . ومن صيغ تلك القاعدة — على سبيل البيان — ان يقوم المدين المنتظر ببيع

سلعة نقدا إلى الدائن المنتظر بسعر معين ثم يقوم الدائن المنتظر مباشرة ببيع السلعة ذاتها إلى المدين المنتظر بسعر أعلى ولكنه مؤجل . فهنا نحن أمام عقدى بيع صحيحين يعقدان طبقا للأحكام الشرعية ولكن الفرق بين السعرين يمثل الفائدة المطلوبة . ولذا تسمى هذه الصفقة بالخاطرة أو المعاملة ، وقد كثرت تلك العادة فى المدينة منذ عهد مبكر تتعاصر بداياته مع مالك .

ويمثل فقه الحيل هذا نظرة واقعية تريد أن تربط حاجة الناس العملية بأحكام الشريعة النظرية ، ذلك أنها تقوم عادة على عدة صفقات كل منها شرعى فى ذاته ولكن تصل فى مجموعها إلى نتيجة غير التى قد نصل إليها لو أننا طبقنا الأحكام المباشرة فى النظرية الإسلامية . ولذا فقد غلب على الناس — عندما يلجأون للحيل — أن يبرموا كل صفقة من الصفقات المرتبطة فى وثيقة منفصلة . بيد أن هذا قد يسمح لأحد الأطراف بأن يستفيد من هذه الوثائق المتعددة على نحو يخالف ماأراد الطرفان التوصل إليه من جمعها ، ولذا جرت العادة على أن تودع الوثائق لدى شخص ثقة ومعها وثيقة غير رسمية توضح العلاقة المصلحية التى يستهدفها الطرفان من وراء تلك الوثائق مجتمعة ، وعندئذ يحرص الوديع على عدم تمكن أى من الطرفين من تجاوز الغرض المشترك فيسلم كلا منهما الأوراق التى يحق له استخدامها فى مرحلة بعينها من العلاقات المتبادلة بحيث لايتمكن الآخر من إفساد الصفقة .

كذلك فقد تستخدم الحيل لتفادى الالتزامات التى يرتبط بها أصحابها تحت القسم أو التى يتعهدون بها بإراده فردية اعتمادا على تسلسل وقائع معينة . ولعل هذا الاتجاه يرتبط بموقف الفقه من تفسير الأحكام المتعلقة بهذه الأمور تفسيرا مضيقا أو نصيحة بعض الفقهاء بأن ينحو الناس منحى استخدام الألفاظ الغامضة التى تحتمل عدة تفسيرات . ويعتمد اصحاب هذا المذهب على قول لعمر « إنه فى معرض الكلام لا مندوحة عن الكذب » ، أى استخدام التعبيرات غير الواضحة . بيد أن هناك حديثا ينسب للرسول ﷺ بأن الكذب حسب كذبا إلا فى حالات ثلاث : إذا كذب المرء لإقامة السلم بين

[illegible] ، وإذا كان [illegible] (الكامل [illegible]) ويتمثل [illegible] قوله [illegible] بالجزء الآخر [illegible] الشخصية الاعتبارية مثل [illegible] .

ويبدو أن المدرسة الحنفية هي التي [illegible] ولذا كثرت [illegible] مثل الأشباه والنظائر [illegible] وكتاب الحيل [illegible] للخصاف ، والمبسوط للسرخسي ، وكذا [illegible] في الفتاوى الهندية وكتاب المخارج في الحيل للشيباني

ويتميز الفقه الحنفي بين الحيل ، وإنما تختلف درجاته ، فالحنفية — كما أسلفنا — قد استخدموا الحيل . أما الشافعي ومن سبق من اتباعه فقد اعتبروا الحيل ممنوعة ، ولكن الكثير من الشافعية ومن بينهم العلامة الشافعي الكبير ابن حجر — أقروا صحتها ، ولعل حافزهم إلى ذلك هو مالقيته الحيل من نجاح في الواقع العملي .

أما مالك فقد رفضها رفضا باتا لاسيما ما أسماه بيع العربان . ولكن المدرسة المالكية فرقت بين الحيل الجائزة والحيل الممنوعة وإن غلب عليها إقرار صحة الحيل، ومن الذين أخذوا بهذه التفرقة محمود بن الحسن القزويني في كتاب له في الموضوع . ويعارضها بعض الحنابلة ومنهم القاضي ابو يعلى في كتاب أسماه « كتاب إبطال الحيل » ولابن تيمية دراسة خاصة « اقامة الدليل على ابطال التحليل » . كذلك عارضها أهل الحديث . وقد خصص البخاري كتابا في صحيحه لمحاربتها .

والحق أنني لا أرى أن الفقهاء الذين أجازوا الحيل وعملوا بها قد قصدوا عمدا تحليل الحرام وإنما ابتغوا تيسير الشئون الحياتية — لاسيما التجارية — على الناس . والحيل بهذا المفهوم هي صورة خاصة من صور الأحكام التي تقتضيها الضرورة ، وتبعا فيجب عدم التوسع فيها والتحرز في الفتوى بناء عليها . بيد أن البعض قد أساء استخدامها وترخص في توسعة مجالاتها الأمر الذي كانت له معقباته على المحدثين من فقهاء المسلمين إذ هجروها وعزفت جمهرتهم عنها .

الفـرع الثالـث
فـي
العـرف

(وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا)

تعريف وتحديد .

يغيب عن انتباه الباحث فى النظرية الإسلامية أن أحكام العرف لم تلق من الاهتمام إلا النزر اليسير على الرغم من اقرار العلماء بعدة مصطلحات لها علاقة بالموضوع ، مثل العرف والعادة والتعامل وعموم البلوى .

والعرف لغة هو المعروف ـــ وهو خلاف المنكر ـــ وماتعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم ـــ واسم من الاعتراف ، يقال له على مائة عرفا ، وشعر عنق الفرس ولحمة مستطيلة فى أعلى رأس الديك ، والمكان المرتفع ويقال عرف الجبل ونحوه لظهره واعلاه وموج البحر والجمع أعراف . ويقال طار الطير عرفا بعضها خلف بعض وجاء القوم عرفا بعضهم وراء بعض والعرف الذى نقصد إليه هنا هو دليل ينبع من ارادة الشعب فهو صورة لممارسة الشعب لسلطاته التشريعية بطريقة مباشرة وذلك يقابل الاجتهاد السلطانى الذى هو ممارسة الحكام لسلطاتهم التشريعية ، فلا عجب إذن أن يقوى دور العرف فى المجتمعات التى يتسع فيها سلطان الارادة الشعبية ويضعف اضطرادا مع ضعف ذلك السلطان . ولذا نرى أن المشرع يفرض شروطا يتطلب ضرورة توافرها لقيام العرف ، وذلك فى محاولة للسيطرة على السلوك الشعبى ومدى قدرته على وضع القواعد القانونية . فهو يحدد للعرف موضعا يعمل فيه ومرتبة لايتعداها فإن تجاوز ذلك كان نصيبه الرفض والالغاء . ونرى من الموازنة بين مركز العرف فى الفقه الإسلامى ومركزه فى القوانين الوضعية

أن العرف فى الشريعة الإسلامية أوفر حظا من العرف فى النظرية الوضعية . وإذا كان العرف قد تنحى عن مكانته الأولى فى بعض الدول لانتقال سلطة التشريع من الشعب إلى ممثليه فإن العرف لازال له مكانته فى النظرية الإسلامية لأن إرادة الشعب اقوى فيها من ارادة الشعب فى الفقه العرفى .

ويعادل الفقه الإسلامى من حيث المفهوم القانونى بين مصطلحى « العرف » « والعادة » على خلاف الفقه المعاصر الذى يطلق « العادة » على الركن المادى للعرف ، أى تكرار السير على سلوك بذاته لفترة زمنية . وإنى وإن اتبعت درب الفقه الإسلامى لأفضل أن يتبنى الفقه الإسلامى تلك التفرقة فالعادة أعم من العرف والعرف نوع من العادة لأن العادة مأخوذة من العود أو المعاودة بمعنى التكرار .

لقد جاء الإسلام وللعرب عادات وتقاليد فيها الصالح والفاسد وقد اختلطت فيها بقية من شرائع سابقة ، والإسلام دين اصلاح نزل هداية البشرية والخروج بها من الظلمات إلى النور فهو لم يأت كى يقطع كل وشيجة بالحضارات الإنسانية أو ليهدم المدنيات السابقة وإنما جاء ليقود مسيرة التاريخ الإنسانى على الطريق القويم والمنهج المستقيم . ولذلك وقف الرسول ﷺ من عادات العرب مواقف مختلفة فأقر بعضها وألغى اخرى كما عمد إلى طائفة ثالثة فأبقى أصلها وعدل رسمها . فهو مثلا هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاحا تخطب فيه المرأة إلى وليها ويقدم لها خاطبها صداقا ثم يعقد أمام شهود بقصد إعلانه . وابقى نظام القصاص فى القتل بعد أن أذهب عنه عنت الجاهلية ، ذلك أن ماتعارفه الناس ولم يكن فيه حكم مقرر يوزن بميزان المصلحة بعيدا عن الأهواء والشهوات ، وبمقدار مافيه من منافع أو مضار يباح أو يمنع . ولذا نجد أن رسول الله نهى عن اشياء نهيا عاما ولما وجد لقومه عادات تخالفها فى بعض أفرادها استثنى موضع العادة ورخص فيه دفعا للحرج كبيع السلم والترخيص فى العرايا ، وهكذا فتح الباب لملائمة هذه الشريعة للحياة .

أقسام العرف .

قلت إن العرف هو ماتعارفه الناس وساروا عليه فى غالب قولهم وفعلهم . ولذا فإن العرف قد يكون عمليا ــ ويعادل الفقهاء المسلمون بينه وبين العادة ــ اى ماتعارف الناس على عمله . وقد يكون قوليا ــ أى ماتعارف الناس على قوله . والعرف فى صورتيه إما عام أى يجرى بين أهل البلاد جميعا فى زمن معينه ، وإما خاص أى قاصر على منطقة محددة أو بلد بذاته .

والعرف العملى العام هو ماتعارف عليه أهل البلاد جميعهم عمليا كارتياد بعض الأماكن العامة مثل المقاهى والفنادق ــ دون استئذان . والعرف العملى الخاص يخص الناس فى أماكن محددة كتعارف بعض العوائل على أن يهيئ أهل العروس طعام الفطور للعروسين .

والعرف القولى العام مثل استخدام لفظ الطلاق فى معنى انهاء الرابطة الزوجية مع أن الطلاق فى اصل اللغة يعنى رفع القيد . والعرف القولى الخاص ماكان خاصا بصنف من الناس مثل لفظى القوة والطاقة فإن لكل منها مدلولا عند علماء الفيرياء يخالف مدلولهما اللغوى .

وقد لعب العرف ــ كما اسلفت ــ دورا كبيرا فى حياة الأمم لاسيما فى عصور البداوة الأولى ، ولكن اهميته بدأت تتضاءل مع الاتجاه إلى تدوين القوانين كما تراجعت أهميته نسبيا عند العرب بظهور الإسلام إذ بنيت شريعتهم أساسا على القرآن والحديث . بيد إن العرف لازالت تنطبع بصماته على عدة نواح من الشريعة الإسلامية فبعض النصوص الشرعية تقر أعرافا سبقت الإسلام فتثبت عبارتها أو دلالتها فوجب عندئذ الرجوع إلى تلك الاعراف لأجل تفسير النصوص واستجلاء معانيها . ولعل السنة التقريرية هى التى فتحت للأعراف باب النفاذ إلى التشريع الإسلامى إذ أن سكوت الرسول ﷺ على بعض عادات وفعال جرت بعلمه دون الاعتراض عليها أو منعها يجعل من تلك العادات القديمة جزءا من العادات الإسلامية .

كذلك دخل العرف أحكام الشريعة عن طريق اجتهاد الفقهاء في مسائل لم يوجد نص يمنعها أو يغايرها . مثل ذلك أن الإمام مالك اعتبر عمل أهل المدينة — أي العرف المتبع فيها — اجماعا كافيا ودليلا شرعيا عند عدم النص .

هذا في شأن الاعراف العربية القديمة ، فمادا عن الاعراف والعادات التي استحدثت بعد ظهور الإسلام والتي قابلها العرب في مناطق فتوحاتهم الممتدة أو برزت في العالم الإسلامي في عصور لاحقة ؟ إن الحكم فيما اعتمد هو جواز تقبل تلك الأعراف والعادات عند عدم وجود النص المخالف أو المبدأ المانع وسبيل تقبل تلك الاعراف هو الاجتهاد بضوابطه العامة كالقياس والاستحسان والمصالح المرسله والاستدلال ولذا اعتمد فقهاء المذاهب جميعا القاعدة الكلية « العادة محكّمة » أي ان العادة تعد بمنزلة الحكم لإثبات الحكم الشرعي . وقد روى البخاري في صحيحه أن القاضي شريحا قال للغزالين — في عهد عمر بن الخطاب « سنتكم بينكم » أي اتبعوا ماتعارفتم عليه في معاملاتكم . والدليل على اعتبار العرف في الشريعة ، ثبت من أن الرسول أقر بعض ماتعارفه العرب إذا كان منه مصلحة راجحة . ومن العلماء من يستند إلى ماوراه الامام احمد في مسنده مرفوعا عن عبد الله بن مسعود أنه قال « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ، ومنهم من يرفع هذا النص إلى الرسول .

وجاء ذكر المعروف في التنزيل الحكيم في عدة مواقع منها قوله تعالى « تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (آل عمران / ١١٠) وقوله تعالى عز وجل « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف » (آل عمران / ١٠٤) وقوله جل شأنه « الآمرون بالمعروف والناهون عن المنكر والحافظون لحدود الله » (التوبة / ١١٢) .

لقد وضع فقهاء المذهب — لاسيما الحنفية — قواعد حكمية عديدة في هذا الباب ولو انهم نقلوا معظمها عن فقهاء الشافعية .

وقد تبنت المجلة العدلية بعض تلك القواعد واخص منها بالذكر « المعروف

عرفا كالمشروط شرطا » « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » . « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » . والحق إن العادة لها اثر كبير فى تغير الأحكام الشرعية ولذا ذكر القرافى المبدأ التانى فى رسالته « إن جميع أبواب الفقه محمولة على العوائد . إذا تغيرت الأحكام فى تلك الابواب » . ويدعى أن ذلك المبدأ إنما ينطبق على الحكم الشرعى الذى يستنبطه الاجتهاد ، أما اذا كان هناك نص فى القرآن أو فى صحيح الحديث فلا محل لعادة أو عرف . فلا غرو إذن أن تعتمد جميع المذاهب القاعدة الكلية أن « العادة محكّمة » .

حجية العرف فى النظرية الإسلامية :

العرف يكون صحيحا ويكون فاسدا فالصحيح هو الذى لايخالف نصا شرعيا أو أصلا من أصوله أو قاعدة من قواعده ، أما الفاسد فهو ماخالف الشريعة بأى وجه من الوجوه كتعارف أهل بعض الدول على الرقص رجالا ونساء فى حلقة واحدة فى بعض المناسبات .

ويقر أئمة الفقه الإسلامى للعرف الصحيح المعتد به بحجية كدليل ثانوى على الاحكام الشرعية ، وهكذا روعى العرف فى عصر الاجتهاد على النمط الذى سلكه الرسول ﷺ ووضع الفقهاء له الضوابط كما ضبطوا غيره ، وكتب المذاهب تعالج العرف تقعيدا وتفريعا . يقول القرافى « ينقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصالح المرسلة وسد الذرائع ، وليس كذلك . أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها » . ويقول السرخسى فى مبسوطه « إن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولان فى النزاع عن العادة الظاهرة حرجا بقيام » (ج ١٣ ، ص ١٤) . ونظرا لما للعرف من منزلة بين أدلة الأحكام شرطوا فى المجتهد أن يكون عالما بأعراف الناس (السرخسى — المبسوط ، ج ١٦ ، ص ٦٢) .

ويصرح ابن عابدين فى رسائله بمثل هذا فيقول « ولهذا قالوا من شروط الاجتهاد أنه لابد فيه من معرفة بعادات الناس » (مجموعة الرسائل ، ج ٢ ص ١٢٥) .

ولذا لم يأنف الفقه الإسلامى التقليدى من اقرار أعراف وعادات غيرهم من الأمم ماداه أنها لا تتناقى مع الإسلام . « فهذا أبو حيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الزرع إذا اصابته حائحة فاتلفته فإن الخراج الموظف يسقط عنه ، فلقد كان كسرى يضع عن الزارع من الخراج بقدر مايصيب زرعه من جائحة نزلت به ... والامام مالك قد خصص قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) بالعادة فاستثنى المرأة الشريفة التى تتضرر بالإرضاع فقال إنها لا ترضع ولدها » (محمد مصطفى شلبى ـــ الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٩١) .

العرف ليس دليلا أصليا :

الحق أن النظرة المدققة لابد أن تنتهى إلى أن العرف فى النظرية الإسلامية ليس دليلا شرعيا مستقلا لأن العرف إنما يبنى على مراعاة الضرورة أو الحاجة الملحة أو دفع الحرج والمشقة والتيسير فى مطالب الشرع وقد يحل عند الضرورة محل النص الخاص وقد يكون حكم العرف أو ماجرى عليه تعامل الناس مخصصا للنص أو مقيدا لاطلاقه أو مفسرا لألفاظه . والعرف مرجع يسترشد به الفقيه للوصول إلى مايشده من حكم فى أمور لا نص فيها (نظام الدين عبد الحميد ـــ مفهوم الفقه الإسلامى) بيروت سنة ١٩٨٤ ، ص ١٤٢ ـــ ١٤٣) .

ومن ثم فقد رفعت العرف من بين أدلة الاحكام الأصلية عند تعداد الادلة . وهنا نلحظ فارقا جوهريا بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية لأن العرف فى النظرية الغربية يلعب دورا رئيسا بين ادلة الاحكام ـــ وقد أوردته م ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية ضمن الادلة الرئيسة على أحكام القانون الدولى فى حين أنه دليل ثانوى فى النظرية الإسلامية . وفرق آخر ان قاعدة اللاحق ينسخ السابق لا تسرى على علاقة العرف بالمعاهدة ، فى الرأى الذى اعتمده على تفصيل أورده فيما بعد .

وليس هذا هو الفارق الوحيد بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية فى

مدرك العرف ، بل هناك فارق آخر ذلك أن أغلب الفقه المعاصر يطلق العادة على الركن المادى للعرف أى تكرار السير على سلوك بذاته فإذا اقترن هذا الركن المادى بعقيدة أن السلوك أصبح ملزما فإن القاعدة تصبح عرفا على خلاف النظرية الإسلامية التقليدية التى تماثل بين العرف والعادة فى الرأى الغالب . إن التسوية بين العادة والعرف تعنى أن النظرية الإسلامية تكتفى فى تكوين العرف بالركن المادى فحسب ، وذلك هو ماتقول به إحدى مدارس الفقه الدولى المعاصر ولكن البعض يرى أن العادة أعم من العرف فهو نوع منها لأن العادة هى نوع من المتكرر مأخوذ من العود أو المعاودة بمعنى التكرار فإذا فعل إنسان فعلا من الأفعال وتكرر منه حتى أصبح يسهل عليه إتيانه وشق عليه تركه سمى ذلك عادة له . ولذلك قيل إن العادة طبيعة ثانية . وكما يكون تعود الشىء من فرد يكون من الجماعة وتسمى الأولى عادة فردية أما فى الثانية فعادة جماعية . ولا يصدق العرف إلا على النوع الثانى ، فإذا اعتاد بعض الناس شيئا لا يسمى ذلك عرفا قواعديا بل لا بد لتحقق ذلك من اعتياد الكل أو الأغلب لا فرق بين علمائهم وعوامهم وبهذا يفارق العرف الاجماع . (راجع مصطفى شلبى — المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ، ١٩٦٢ ، ص ١٣ — ١٤) . ويبدو أن فهم العرف بمعنى العادة يقترب كثيرا مما قاله الفقه الرومانى عن العادة .

ويعمل القاضى بالعرف فى ثلاثة مواضع :

(أ) فى الامتناع عن سماع الدعوى أى لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عن الدعوى إذا اقترنت بما يكذبها حسب العرف أو العادة .

(ب) الحكم بمقتضى الألفاظ العرفية (العرف القولى) وحمل صيغة الدعوى على مايفهم عرفا طبقا لقاعدة : كل من له كلام يحمل كلامه على عرفه . فلو تنازع البائع والمشترى مثلا على مايتبع الأرض وهل يدخل فى البيع أم لا حكم القاضى لمن يقف العرف إلى جانبه لأن العرف يكون عندئذ قرينة شاهدة لصالحه .

(ج) ترجيح من له العرف عند النزاع وعدم البينة لأن العرف يعزز في هذا الفرض جانب من يشهد له العرف فهو الظاهر إلى أن يثبت العكس. ومن هذا إذا اختلف رجلان على سفينة فيها سلعة ما فادعى كل منهما السفينة ومافيها فالسلعة تكون لمن يعرف منهما بالاتجار فيهاوالسفينة لمن يعرف بأنه ملاح.

أحكام العرف :

ذكرت من قبل أن العرف يرجع في غالب صوره إلى المصلحة التي دعت إليها الحاجة ولذافإنمرتبته بين الأدلة مرتبة المصلحة. ويترتب على هذا ثلاثة أحكام رئيسة.

أ ــ تبنى عليه الأحكام ولذا تتغير الاحكام التي بنيت على العرف إذا ماتغير العرف. « من ذلك ماروى عن أبي حنيفة أنه كان يقول إذا غصب إنسان ثوبا وصبغه بلون أسود فللمالك أن يضمنه نقصانه وخالفه صاحباه فقالا إن المالك مخير بين أخذ الثوب وضمان الزيادة للغاصب. فأبو حنيفة يرى أن صبغه بالسواد ينقص قيمته وصاحباه ذهبا إلى أنه يزيدها كصبغه بأى لون آخر، فهذا الاختلاف أرجعه الفقهاء إلى اختلاف العرف، فقد كان الصبغ بالسواد في عهد أبي حنيفة ينقص قيمة الثوب لأن بني أمية ماكانوا يلبسون السواد فكان مذموما، والعباسيون كانوا يلبسون السواد فكان ممدوحا في عصرهم، ومن هنا زادت قيمة الثوب بصبغه باللون الاسود » (محمد مصطفى شلبي ــ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٩٤).

ب ــ إذا تعارض العرف مع النص خصصه، والامر هنا يحتاج إلى شيء من التفصيل اذكره فيما بعد.

تفسير الأحكام :

والعرف المعتبر هنا هو العرف الصحيح شرعا أى الذى لا يخالف نصا وإلا كان عرفا باطلا وبدعة في النار. ومن ذلك العرف المعتبر شرعا ان الله أوجب

نفقة الزوجات بقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » فالآية أوجبت هذه النفقة بقدر الوسع ولم تبين مقدارها فقدرها بعض الفقهاء وتركها آخرون للعرف . ونستطيع أن نقول إن الذين قدروها لم يجاوزوا العرف لأنهم راعوا عرف زمانهم في تقديرها . ولما أوجب الشارع قطع اليد في سرقة المال من حرزه لم يبين حد الحرز بل وكله إلى عرف الناس ... ومن ذلك أيضا أن الشارع أثبت الخيار للمشترى إذا وجد بالبيع عيبا . ولما كان هذا العيب يختلف باختلاف أنظار الناس لاختلاف رغباتهم ، كما يختلف باختلاف أثره في الشىء وقيمته وكله جمهور الفقهاء إلى العرف حتى عرفوه بأنه نقيصة موجبة لنقص قيمة الشيء في عرف أهله الذين لهم خبرة فيه ... وفقهاء الشافعية حينما اعتبروا خيار المجلس. وفى بطون كتب الفقه في المذاهب المختلفة كثير من الأحكام المطلقة المفوضة إلى العرف مما اتفق عليه الفقهاء أو اختلفوا فيه » (محمد مصطفى شلبى — الفقه الإسلامى — المرجع السابق ، ص ١٠٢ — ١٠٥) .

ويقول الشاطبى فى موافقاته « لابد لمن أراد الخوض فى علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب فى أقوالها وأفعالها ومجارى عاداتها حال التنزيل من عند الله والبيان من رسوله لأن الجهل بها موقع فى الاشكالات التى يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة » (ج ٣ ، ص ١٥١) .

ج — يعتبر العرف — كما أسلفت — قرينة مرجحة عند التنازع فى الحقوق فإذا اختلف الاب وابنته فيما ساقه من متاع إلى بيت زوجها فقال الأب هو عادية وطالب برده وقالت هو هبة وامتنعت عن الرد حكم العرف بينهما . ولكن الشافعية ينكرون الترجيح بالعرف . هذا هو عمل العرف فى الإسلام . انشاء وتفسير وتطبيق وترجيح ، لم يقف وراء أسوار النصوص ، بل دخلها أو أدخلها ليعمل معها بقدر ماأعطى من سلطان ، فهو يعتبر — بحق — نافذة من نوافذ الفقه الإسلامى التى يطل منها على حياة الناس الواقعية ، فيسلط عليها الأضواء لتنير الطريق للسائرين كيلا تلتوى بهم السبل ، وليميز الخبيث من

الطب ، فإذا ما انكشفت الحقائق أقر منها الصالح النافع وألغى الفاسد الضار .

وهناك سؤال يعرض ذاته هو : ماالقول لو أن حكم النص كان مبنيا أصلا على عادة قديمة ثم تغيرت تلك العادة أيبقى الحكم على الرغم من ذلك على ماهو عليه أم أن العادة الجديدة تعدل منه ؟ .

إن أول مايتبادر إلى الذهن هنا هو أنه لا مسوغ للاجتهاد فى مورد النص لأن النص أقوى من العرف ، ومن ثم يجب اتباع النص ، وهؤلاء هم فقهاء مدرسة الحجاز والشافعية بيد أن أبا يوسف ذهب مذهبا آخر فارتأى وجوب اتباع العادة الجديدة وعلل رأيه بأن العادة كانت هى المنظور اليها والنص عليها ماكان فى ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم . وهذا هو الفهم الذى أقرته المجلة العدلية ، وشرح ذلك « أنه تتبدل الأعصار تتبدل المسائل التى يلزم بناؤها على العرف والعادة » . والمثل المستمد من أبى يوسف هو النص الخاص ببعض البيوع . فالحديث الشريف يقول « البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » . ولكن العادة تغيرت فأصبحت تلك الأشياء من الموزونات وقد كانت من المكيلات فى عهد الرسول ﷺ . فهل بيعها بالرطل أو الطن بيع باطل أم صحيح ؟ أجاب ابو يوسف استحسانا بأن هذه العادة الجديدة واجبة الاتباع ومن ثم فقد صحح البيوع بالوزن ، كذلك جواز تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة . وإذن فالعادة عنده هى بمثابة الشرط لتطبيق النص . فلما تغيرت العادة أصبح الشرط مفقودا وصارت للعادة الجديدة .

ومن قبيل ذلك تغير حكم الدية فى عهد عمر فبعد أن كانت تجب على العاقلة (أو العائلة) فى بعض الاحيان ، أصبحت فى عهد عمر على أهل الديوان بعد أن تغير العرف لأن قوة المرء ونصرته كانت فى سابق الزمان بقبيلته وانتقلت النصرة — إثر تنظيم عمر للجيوش والدواوين — إلى أهل الديوان . ذكر ابن عابدين فى رسالة بعنوانها « نشر العرف فى بناء بعض الاحكام على العرف » مثلا لأبى حنيفة وصاحبيه فقد منعا دفع الأجرة على تعليم

القرآن لأنه كانت للمتعلمين عطايا كافية فى صدر الإسلام فلما انقطعت العطايا أجاز المتأخرون دفع الأجر على ذلك لتغير العرف بانقطاع العطايا عن المعلمين فى زمانهم . ويقول ابن خلدون فى مقدمته « إن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لاتدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر إنما هو اختلاف على مر الأيام والأزمان وانتقال من حال إلى حال » .

وجاء فى كتاب قواعد الأحكام للعزيز بن عبد السلام ــ وهو شافعى ــ « إن التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد فى دنياهم وأخراهم والله غنى عن عبادة الكل ولا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين » .

ولذا يقول القرافى فى كتابه (الفروق) « إن كل ماهو معروف فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ماتقتضيه العادة المتجددة » .

ويقول القرافى أيضا فى فروقه « فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المقولات أبدا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .

أركان العرف :

ولكن كيف يتكون العرف حسب النظرية الإسلامية ؟ قلت من قبل إن البخارى روى فى صحيحه أن القاضى شريحا فى عهد عمر بن الخطاب قال للغزالين « سنتكم بينكم » أى اتبعوا ماتعارفتم عليه فى معاملاتكم . والذى يهمنى هنا فى قول شريح هو وصفه للعرف بانه سنة ذلك أن السنة هى الطريقة « ومامنع الناس أن يؤمنوا إذ جاءهم الهدى ويستغفروا ربهم إلا أن تأتيهم سنة الأولين » (الكهف / ٥٥) . وفى قول آخر فإن عبارة شريح تدل على أن العرف لايكون عرفا إلا اذا سارت عليه الأمة حتى يصبح سنة .

والطريقة لاتصبح سنة إلا إذا توفر لها السير عليها لفترة من الزمن . ولذا يشترط الفقهاء لاعتبار العرف :

(١) أن يكون مطردا فى جميع المعاملات أو غالبا عليها أى أن يستمر العمل به فى اغلب الحوادث إن لم يكن فيها جميعا فلو جرى التعامل به فى بعض الحوادث وترك فى البعض الآخر فلا يعتبر لتعارف العمل والترك (الاشباه والنظائر — ج ١ ، ص ١٨٥) . وقد يكون الاضطراد أو الغلبة عاما وقد يكون خاصا بمعنى أن الاضطراد قد يكون على المستوى العالمى أو المستوى الاقليمى .

(٢) وقد قدمت أن العرف ينبعث عن الضرورة ولكنه لا يصبح قاعدة أو حكما إلا إذا اعتمده الفقه اجتهادا . ولما كان الاجتهادالفقهى أو القضائى هو الذى يكرس العرف لاعتبارات الضرورة أو الحاجة قلت إن العرف ليس دليلا مستقلا . ولا يعتمده الفقه إلا إذا كان لايحل حراما ولايحرم حلالا ، وهو يعتمده مساعدا فى القياس إذا كان فى أمور تحسينه ويخرج به عن القياس إذا كان يعكس ضرورة أو يمثل حاجة اجتماعية ، وبذا يصبح إجماع الأمة — أى العرف — عن طريق هذه الشكلية الاجرائية حكما شرعيا . وقد قبل الغزالى والشافعى إجماع الأمة فى الرئيسات وتركا أمر التفاصيل لاجتهاد المجتهدين .

(٣) ويجب أن يكون العرف موجودا عند التصرف ولذا يقول صاحب الأشباهوالنظائر « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا « لاعبرة بالعرف المتأخر » (ج ١ ، ص ١٣٣) . أى أنه يلزم أن يكون موجودا قبل وجود الواقعة التى يحكم فيها بموجبه أو أن يكون مقارنا لها فى الوجود لأنه لا اعتبار للعرف الطارىء بعد الواقعة وتستوى فى هذا كل أنواع العرف .

وتبعا فلو أن دولتين أنشأتا تصرفا من التصرفات ثم ثار نزاع بينهما فإن العرف الذى يحكم هذا التصرف ويكون فيصلا فيه هو ماكان موجودا عند

التصرف لا ماحدث بعد ذلك (الأشباه والنظائر ـــ ج ١ ، ص ١٣٣) .

ولكن تستثنى من تلك القاعدة حالتان :

١ ـــ إذا كان النص حين وروده مبنيا على عرف عملى قائم . وقد احتلف الفقهاء حول ذلك الفرض وهل يعتبر النص فى هذه الحالة نصا عرفيا يمكن أن يتغير بتغير ذلك العرف . وقد انفرد أبو يوسف برأى يذهب كما قلت إلى أنه إذا تبدل العرف تبدل حكم النص ، وأنا أحبذ هذا الرأى .

٢ ـــ إذا كان النص معللا بعلة ينفيها العرف الطارىء عاما كان أو خاصا سواء كانت العلة مصرحا بها أم مستنبطة ، لأن الحكم الشرعى يدور مع علته يوجد إن وجدت وينتفى إن انتفت ، فإذا اقترض شخص مبلغا معينا من نوع معين يمكن اعادته من غير هذا النوع مادامت قيمته النوعية واحدة لجريان العرف على ذلك ولا يعتبر ربا .

٣ ـــ عدم وجود اتفاق يخالف حكم العرف ، فإذا وجد اتفاق على خلافه فالعبرة بالاتفاق لا بالعرف لانه لاعبرة للدلالة فى مقابل التصريح ، أى ـــ كما يقول المحدثون ـــ لاعبرة بالنية المضمرة إزاء النية الصريحة .

٤ ـــ ألا يخالف العرف نصا شرعيا عاما أو خاصا بحيث يترتب على العمل تعطيل النص . وفى هذا الأمر تفصيل ذلك أن العرف قد يكون قائما وقت ورود النص وقد يحدث بعد النص . كما أن العرف ـــ باعتبار معناه اللغوى ـــ قد يكون مقررا للفظ وقد يكون قاضيا عليه . والأمر يختلف فى هذا بين العرف اللفظى أو القولى وبين العرف العملى .

فإذا كان العرف لفظيا أو قوليا وسابقا وعارض النص العام اللاحق فإن النص يفسر على ضوء معناه العرفى ـــ سواء أكان عرفا عاما أم خاصا ـــ ولايفسر على معناه اللغوى ، مالم تكن هناك قرينة مانعة من ذلك .

اما إذا كان العرف عمليا وكان عرفا عاما فقد اختلف فيه الفقهاء فالأحناف يرون أنه يخصص النص العام أى أن النص يطبق فيما عدا الأمر الذى جرى به

العرف ، وهذا طبعا لايعطل النص بل يعمل بالنص والعرف معا ، كل فى مجاله .

أما إذا كان العرف العملى عرفا خاصا — أى سائدا فى مكان دون آخر او لدى صنف من الناس دون الصنف الآخر — فإن ماعليه المذهب عند الحنفية هو أنه لا يقوى على تخصيص العام غير أن المتأخرين من مشايخهم قالوا يتخصص به ، وهذا هو ماعليه محققو المالكية . فإذا كان العرف الغالب على البلد — مثلا — هو أن ينصرف لفظ الطعام إلى البر وحرم الشارع الربا فى الطعام فإن التحريم يقتصر عند الحنفية على البر ويعم عند الجمهور كل الطعام . والحق أن لكل من الرأيين وجاهته ولذا أرى أن يطبق أى الرأيين يكون أكثر تحقيقا للمصلحة العامة على هدى من ظروف كل حالة بحالتها . على أننا يجب أن نلاحظ أن العرف لايخصص إلا النصوص الظنية ومن ثم فإن العرف لايخصص النصوص القطعية . قد يعترض على ذلك بأن مالك خصص آية « والوالدات يرضعن أولادهن » بالعرف مع أنها قطعية الدلالة ويرد على ذلك بأن الآية قطعية الثبوت ولكنها ظنية الدلالة لأن الناس اختلفوا فى الرضاع هل هو حق واجب أم واجب عليها واللفظ يحمل المعنيين لأنه لو أراد التصريح بكونه على الأم لقال وعلى الوالدات ارضاع أولادهن (تفسير القرطبى — ج ٣ ، ص ١٦١) .

فإذا كان التعارض بين نص وعرف ورد بعده فالأمر بين احتمالين : (١) ألا يمكن رد العرف الطارىء المخالف إلى نص شرعى وعندئذ يجب رد العرف لأنه مظنة نشر الفساد واستحداث المحرمات . (٢) أن يمكن رد العرف إلى نص شرعى بحيث لا يكون مخالفا للنص مخالفة مطلقة وإنما تكون المخالفة فى بعض أفراده ، وهنا يصح العرف ويعتبر مخصصا للعام ويترك به القياس إذا دعت حاجة الناس إليه ، وهذا مايطلق عليه الاستحسان عند الحنفية والمالكية .

أما إذا وافق العرف النص الشرعى فإن النص هو الذى يعتبر فى هذه الحالة وليس العرف إذ كلما للعرف الموافق هو أنه تأييد وتوكيد . فالكفاءة فى الزواج

مثلا كانت عرفا عند العرب قبل الإسلام وقد ركاها الحديث الشريف « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء ولايزوجن إلا من الأكفاء » وهكذا تطابق العرف والنص ولكن الاعتبار يكون للنص ولو أن العرف سبق النص .

وإذا تعارض العرف مع نص اجتهادى وكان الاجتهاد مبنيا على الإباحة الأصلية يكون الحكم للعرف سواء سبق الاجتهاد أم حصل بعده لأن العرف دليل الحاجة وهو بمنزلة الاجماع عند عدم وجود النص .

أما إذا كان الاجتهاد مبنيا على ضرورة أو مصلحة أو عرف آخر أو كان سدا لذريعة :

أ ـــ فإن كان سابقا على الاجتهاد وجب على المجتهد أن يأخذه بعين الاعتبار لأن القياس يترك بالعرف ، فإن رأى المجتهد على الرغم من ذلك الافتاء بما يخالف العرف فلا يكون ذلك إلا لأنه أهدر العرف إذ لم يعد محققا للمصلحة التى هى مناط العرف كما أسلفت .

ب ـــ وإن كان لاحقا على الاجتهاد فهنا فرضان : أن يكون العرف مبنيا على اعتبارات عرفية وهنا يعدل العرف الذى تغير من الاجتهاد السابق ، وإن كان الاجتهاد قد بنى على اعتبارات أخرى فإن العرف المتأخر لايعتد به لأنه لم يكن قائما وقت صدور الفتوى . ولكن البعض يقدمون العرف فى هذا الفرض لأن العرف دليل الحاجة ولايعارضه نص خاص ولاعام مباشرة .

فإذا أردت أن أطبق هذه القواعد على المعاهدات أقول :

(١) على مدبجى المعاهدات أن يأخذوا الحكم القائم وقت ابرام المعاهدة بعين الاعتبار .

(٢) إذا انتهوا على الرغم من ذلك إلى الاتفاق على حكم مخالف للعرف فإن نص المعاهدة هو الذى يطبق لأننى أسلفت أن العرف الذى يخالف اتفاقا لا يعتبر .

٣ ـــ وإذ نشأ العرف بعد ابرام المعاهدة فإن البعض يقدمون العرف لأنه دليل الحاجة . وهو بمثابة اجماع واجتهاد الجماعة شبه يقينى أما الاجتهاد

الفردى فهو ظنى وشبه اليقينى أقوى من الظنى ، ولذا فإنه يغلب عليه .

ولكنى أرى أن المعاهدة تمثل اجتهادا سلطانيا . وللسلطان ـــ فى سبيل تحقيق مصلحة المسلمين ـــ أن يغفل العرف ويضع مايراه من أحكام تؤمن الصالح الإسلامى . ومن ثم فإن أحكام المعاهدة هى التى يؤخذ بها سواء سبق العرف ابرامها أم لحقه . ولكن يجوز إن كان نص المعاهدة عاما أن يخصص طبقا لمدلول العرف السابق أو اللاحق عليها .

أما إذا كانت المعاهدة تكرر نصوصا شرعية فإن العلاقة بينها وبين العرف تحكمها القواعد الأصولية التى اسلفتها فى شأن تعارف العرف مع النص . بيد أن تغلب الاجتهاد السلطانى لايجرد العرف من قيمته كلية . إذ يجوز أن يعتبر استطراد العرف لاحقا على المعاهدة فى شأن مسألة من المسائل الهامة التى تنظمها المعاهدة بمثابة تغير فى الأوضاع والظروف ويسمح للمتضرر بأن يطلب تعديل المعاهدة أو الغائها ـــ حسبما يقتضيه رفع الضرر ـــ وعندئذ تطبق أحكام نظرية تغير الظروف والأوضاع ولاتطبق قواعد الأصول التى تتكلم عن أن اللاحق ينسخ السابق وأن الخاص يخصص العام . وقد يكون لهذا مايزكيه فى قوله تعالى « وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين » (الأعراف / ١٩٩) . إذ يمكن أن نفهم صيغتها على أن العرف يعتبر من النظام العام فى النظرية الإسلامية لأنها تفرض علينا ـــ كما فرضت على الرسول ـــ أن نأمر بالعرف . ولكن هذا التعميم غير دقيق ويحتاج إلى نوع من التشذيب لأن العرف ـــ كما قلت من قبل ـــ دليل ثانوى وليس دليلا أصليا وتبعا فلا يؤخذ به حيث يترتب على الأخذ به ابطال العمل كلية بالنص وتبعا فإننا نصدع للأمر الذى يقصد به أن نأمر بالمعرف حيث لا نص ولا حكم . ثم إن العرف قد يكون له تأثير على النصوص الظنية ولكن لا اعتبار له حيال النصوص القطعية . كذلك يجب أن نفهم قاعدة « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » على أن العرف إنما يطبق بأثر فورى وليس بأثر رجعى كما أنه لا يعدل من المشروط إلا فى حدود ، فهو بمثابة

شرط تكميلى لا يغلب على النص الأصلى إلا إذا كان النص الأصلى قد بنى على اعتبارات عرفيه أو بان من صياغته أن الطرفين قصدا إلى أن يكون للعرف تأثيره على ضبط علاقتهما القانونية. ويطيب لى هنا أن أشير إلى ماقاله ابن عابدين فى رسالته عن العرف « ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد إنه لابد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقى الحكم على ماكان عليه أولا لزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولذا نرى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ماكان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه ».

بيد أن هذا لايكفى إذ هناك شرط عام لابد من توافره فى العرف حتى يصبح سنة، بحسب تعبير عمر بن الخطاب. والطريقة لا تصبح سنة إلا اذا توفر لها ركن مادى، وهو السير عليه لفترة من الزمن ولذا يشترط الفقهاء لاعتبار العرف ان يكون مطردا فى جميع المعاملات أو غالبا عليها فلو أجرى التعامل به فى بعض الحوادث وترك فى البعض الآخر فلا يعتبر لتعارض العمل والترك (الاشباه والنظائر — ج ١، ص ١٨٥).

ومن ثم فإن العرف يتكون فى النظرية الإسلامية بما يتكون به فى رأى فريق مرجوح من فقهاء النظرية المعاصرة — إذ لايشترط توافر الركنين المادى والمعنوى حتى تصبح القاعدة غير المكتوبة قاعدة عرفية. اما وقد ثبت عندى ان العادة والعرف دليل ثانوى من أدلة القاعدة القانونية فإنى أرى أن العرف — كما يتكون داخل الدولة — فإنه يمكن أن يتكون فى علاقة الدول بعضها بالبعض الآخر بالمواصفات ذاتها التى يتكون بها العرف الداخلى مع فارق واحد وهو أن أطراف العرف فى الداخل هم أشخاص القانون الداخلى، أما اطراف العرف فى القانون الدولى الإسلامى فهم اشخاص القانون الدولى.

وإذن فالعرف فى قانون السلام الإسلامى هو سنة الدول التى تسير عليها سيرا مضطردا . ولما كانت الدول اشخاصا معنوية فإن تكون العرف وتوفر الصفة الملزمة له لا يكفى فيه مجرد التواتر بل إن ذلك يقتضى تجمع الشروط التالية :

١ ـــ ان يصدر التصرف عن الجهاز المختص فى الدولة حتى تتوفر للجهاز الصفة التمثيلية التى يصلح أن يعبر بها عن إرادة الدولة .

٢ ـــ أن يكون التصرف تبادليا . ومن ثم فإن التصرفات المتماثلة التى تأتيها الدولة من جانبها وحدها لاتكون عرفا ولاتقيد تلك الدولة . والتبادل هنا يجب أن يرد على تصرف نمطى يصلح أن يكون قاعدة قانونية دولية . ولكن هل يلزم فى التبادل أن تكون الواقعة إيجابية أم يمكن ان يجرى التبادل كذلك بشأن القواعد السلبية ؟ القاعدة الاصولية هى ألا ينسب لساكت قول إلا فى حالات محددة على وجه الحصر . بيد أن هذه القاعدة الخاصة بالعلاقات الفردية تحتاج إلى بعض التنسيق فى القانون الدولى عندما نتعامل بها مع الدول ، ذلك أن ولى الأمر عندما يتعامل باسم الدولة الإسلامية ـــ وكذا رئيس الدولة الكتابية ـــ يجب ألا يسكت أيهما عن ضيم وتبعا فإن سكوته أو سكوت الدولة لا يصلح أن يؤخذ دليلا ـــ إذا ماتكرر ـــ على قيام العرف إلا إذا تعلق الأمر المسكوت عنه بكيان الدولة وبقائها فعندئذ يمكن أن يأخذ معنى الموافقة والقبول إذ يصعب فى وضع كهذا أن نجرد الموقف السلبى من كل معنى .

والتبادل هنا لايكون عرفا إلا إذا كانت أطرافه دولا إسلامية أو كتابية أما سلوك الدول المشركة فلا يعتبر فى تكوين العرف بينها وبين الدولة الإسلامية إذ لا توجد بين الدولة الإسلامية والدولة المشركة من العلاقات مايسمح بتكوين قواعد قانونية غير مكتوبة لأن تكوين قواعد من هذا القبيل يدخل فى باب التوادد الذى لا يستحب بين الدولة الاسلامية والدول المشركة (قل إن كان اباؤكم وابناؤكم واخوانكم وأزواجكم وعشيرتكم وأموال اقترفتموها وتجارة تخشون كسادها ومساكن ترضونها أحب اليكم من الله ورسوله وجهاد فى سبيله فتربصوا حتى يأتي الله بأمره والله لايهدى القوم الفاسقين » . (التوبة / ٤٤) .

وحكم العرف كما قلت يتوقف على صحته وفساده ، فإن لم يخالف نصا ولم يفوت مصلحة ولم يجلب مفسدة كان صحيحا يعتد به فى شرعية الاحكام . وإن كان غير ذلك كان فاسدا لا يلتفت إليه ولايعتد به . « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن » (المؤمنون / ٧١) .

والعرف بمعناه السالف يفترق كما قلت عن الإجماع — بمعناه الشائع — من حيث أن الاجماع يتطلب اتفاقا جماعيا فى حين أن العرف قد يكون خاصا ، ثم إن الاجماع يفهم عند التقليديين على أنه إجماع الفقهاء المجتهدين أما العرف فيتحقق بما يتعارفه الناس ، عالمهم وجاهلهم .

هذا فضلا على أن الإجماع — فى قول بعض التقليديين — متى انعقد لا يتغير حكمه أما العرف فمتغير غير ثابت ويمكن أن أقول — كقاعدة عامة — إن الأصل فى العرف المتصل بشئون الدنيا هى الصحة مالم يقم دليل على العكس ، والأصل فى العرف المتعلق بشئون الدين هو عدم الصحة إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ولست حاجة إلى أن أقول إن هذه الدراسة تتعلق اساسا بشئون دنيوية .

وكل ذلك طبعًا رهن بألا يكون ولى الأمر قد ارتأى — لصالح الأمة الإسلامية التى يسأل عنها — أن يأخذ بحكم مخالف للعرف وعندئذ تجب طاعته مادام أنه يسخر سلطانه فى حدود ما أمر الله به أو رده إليه . ولكنى استحسن ألا يخرج الإمام عن العرف — فى الحالات التى يكون العرف فيها واجب المراعاة أصلا — إلا فى أضيق نطاق وسعيا وراء دفع مضرة أو طواعية لضرورة ملجئة لأنه استثناء والاستثناء يقدر بقدره ولا يتوسع فى اثبات حظره .

العرف فى العلاقات الدولية :

قلت إن العرف الدولى قد يكون إقليميا وقد يكون عالميا وكذلك الأمر فى النظرية الإسلامية . ولا احسبنى مبالغا إذا قلت إن العرف الدولى — فى

النظرية الإسلامية ــ هو أساس من أسس العمران الاجتماعى وعمود من العمد المصمدة التي تقوم عليها العلاقات الدولية « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » (الحجرات / ١٣) ، اى لتحكم الأعراف علاقاتكم .

والعرف الإقليمى فى النظرية الإسلامية قد يكون عرفا جاريا بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر وقد يكون عرفا معمولا به فى علاقات الدول غير الإسلامية كل بالأخرى . وقد يكون عرفا ساريا فى علاقة الدول الإسلامية أو بعضها ببعض الدول غير الإسلامية . أما العرف العالمى فهو عرف يطبق على العلاقات الدولية أيا كانت أطرافها . فأى هذه الاعراف تقرها النظرية الإسلامية ؟ .

تعتبر النظرية الإسلامية أن العرف دليل ثانوى على الأحكام شريطة ألا يحل حراما كتحليل الربا أو إجازة أكل أموال الناس بالباطل ، وألا يحرم حلالا كتحريم استخدام الشيكات التجارية فى دفع ثمن بعض السلع كالذهب والفضة . ومن ثم فإن العرف أيا كانت اطرافه وأيا كان موضوعه يمكن أن تتقبله النظرية الإسلامية ولا غضاضة فى ادراجه ضمن أحكامها مادام أنه يحقق مصلحة ولا يعارض نصا فى الكتاب أو الحديث . وفى قول آخر فإن بعض الأعراف التي استقرت فى النظم الدبلوماسية والقنصلية نتيجة سلوك الدول غير الإسلامية يمكن أن نقرها ضمن أحكام النظرية الإسلامية مادام أنها لا تتعارض مع مبدأ عام أو تناقض حكما من النظام الإسلامى العام . وحجتى فى ذلك هو قوله سبحانه وتعالى « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » . فالخطاب فى هذه الآية الكريمة موجه للناس كافة ، والانشطار إلى شعوب وقبائل جائز على مختلف الشعوب بغض النظر عن عقائدها وتنظيم العلاقات فيما بينها على أساس الاعراف ولم ينحصر فى أن يرد بحكم العرف نص فى القرآن أو الحديث ولكنه مطلق العرف . وعندما يطلق مفهوم اللفظ فإنه فى رأى الجمهور لا يحتمل التخصيص إلا بدليل ومقتضى هذا أن الله قد خلق الناس وكتب عليهم أن يتوزعوا فى شعوب وقبائل وبين حكمة ذلك ألا وهى

أن تنشأ بينهم أعراف تحكم ماقد يجرى بينهم من علاقات ــ ولما كان فى معنى العرف المنطق وسلامة الفطرة ، ولما كانت مبادىء الشريعة السمحاء وأنماطها تضبط السجية المنطقية والنزعة الفطرية فإن مقتضى ذلك أن العرف الذى تقصد إليه الآية الكريمة ــ مع اطلاقها ــ هو العرف الذى لا يحل حراما ولا يحرم حلالا .

وهكذا فإن الاعراف ــ فى حدود ماأسلفت ــ يمكن ان تنظم العلاقات الدولية فتطبق الاعراف الاقليمية داخل اقاليمها وتسرى الأعراف العالمية على العلاقات الدولية بشمولها الأعم .

ولا مراء فى أن العرف سواء أكان محليا أم دوليا يجب أن يستوفى الشرائط التى أسلفتها ويقابل الضوابط التى أتيت بها مسبقا . ولذا قلت آنفا إن العلاقة بين النظرية الدولية الإسلامية والنظرية الدولية المعاصرة علاقة تكامل فيما لا يخالف نصا فى الكتاب أو حكما فى الحديث . وهكذا نجد أن عمرا يتبنى أحكام النظم المالية الفارسية فى تنظيم بيت مال المسلمين .

يؤيدنى ايضا فيما أقول المبدأ الأصولى « يعمل فى الإسلام بفضائل الجاهلية » ، ذلك ان المستفاد من هذا المبدأ هو أن الفضائل التى استقرت عليها البشرية ــ ولا تكون فضائل إلا إذا لم تخالف نصا قرآنيا أو حديثا نبويا ــ يمكن أن يعمل بها فى الإسلام . ولذا يقول تعالى فى محكم كتابه « أولئك الذين آتيناهم الكتاب والحكم والنبوة فإن يكفر بها هؤلاء فقد وكلنا بها قوما ليسوا بها بكافرين . أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده قل لا أسألكم عليه أجرا إن هو إلا ذكرى للعالمين . وماقدروا الله حق قدره إذا قالوا ماأنزل الله على بشر من شيء قل من أنزل الكتاب الذى جاء به موسى نورا وهدى للناس تجعلونه قراطيس تبدونها وتخفون كثيرا وعلمتم مالم تعلموا أنتم ولا آباؤكم قل الله ثم ذرهم فى خوضهم يلعبون » (الانعام / ٨٩ ــ ٩١) ويقول ايضا « قل صدق الله فاتبعوا ملة ابراهيم حنيفا وماكان من المشركين » (آل عمران / ٩٥) .

ولا ننسى ونحن بصدد هذه المادىء أن الأصل فى الاحكام هو الاباحة كما يقول الأصوليون ، وفى ذلك تفصيل الخصه بايجاز فى السطور التالية .

استطراد — الاصل فى الاشياء :

قلت إن العرف الشرعى مشروط بألا يحل حراما أو يحرم حلالا . وهنا لنا أن نتساءل ماهو الأصل فى الاشياء أهى الإباحة أم التحريم ؟ وذلك أنه إذا كانت الإباحة هى الأصل فان التحريم لا يكون إلا بنص صريح أو باجتهاد سديد .

ويرى المعتزلة وابن حامد والقاضى أبو يعلى من الحنابلة أن الأصل فى الاشياء هو الحظر والمنع . وقال بعض الشافعية إن الأصل فى الأشياء النافعة هو الإباحة والأصل فى الاشياء الضارة هو التحريم . وذهبت زمرة إلى أننا يجب أن نتوقف إلى أن يقوم الدليل .

ولكن المختار عند الجمهور هو أن الأصل فى الاشياء الإباحة . فاذا اشتبه الأمر اعتبر حراما أخذا بمبدأ سد الذرائع . وقال الرسول ﷺ « من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يحوم حول الحمى يوشك أن يرتع فيه » .

والحرام عند الحنفية :

(١) حرام لذاته لما فيه من ضرر ذاتى أو مفسدة ذاتية .

(٢) حرام لغيره وهو مايكون فى أصله مشروعا ولكن اقترن به عارض اختص تحريمه كالبيع وقت النداء للصلاة .

والغاية من المنع فى حالتى الحلال والحرام واحدة .

فذلكة :

والآن دعونا نلقى نظرة هادئة على العرف أو العادة ، أليست هى ماتجمع عليه الامة ؟ فهل يعقل أن تجمع أمة محمد على ضلال وإلا كان معنى ذلك —

حاشا لله — اجماع فى الخروج على الدين . ومن ثم فإن الأحاديث الشريفة التى تكلمت عن إجماع الأمة لا تعنى فى نظرى سوى الأمة بمعناها المطلق ذلك أن القاعدة الكلية — وقد وردت فى المجلة العدلية — تقرر أن « المطلق يجرى على إطلاقه مالم يرد دليل التقييد نصا أو دلالة » . وعندى أنه لا دليل على تقييد مفهوم الأمة فى مدلول تلك الأحاديث بأنها الملأ من الفقهاء ، لأن الرسول أطلق الالفاظ — مثل الناس والأمة ولم يحصرها فى الفقهاء فحسب — كيما توجه للناس جميعا — عالمهم وجاهلهم — فقال أنتم أعلم بشئون دنياكم . وقد أسمى شعب المدينة بالأمة . ومن ثم فإن الإجماع عندى ليس هو إجماع العلماء كما ذهب الفقه التقليدى — بل هو إجماع الناس الذى يتشخص فى عادة أو عرف . أما إجماع الفقهاء — فى صوره المتعددة فهو — كما اسلفت — اجتهاد فقهى جماعى . على أننى لا أجرد العرف أو العادة من الجهد فى استنباط الحكم وهو جهد تضبطه ضوابط الاجتهاد كغيره من طرق الاجتهاد . بيد أن الناس يستمدون تلك الضوابط بما جبلوا عليه من فطرة وماوقر فى بشرتهم من سجية ، فهم يعيشون ويستحسنون ويستدلون بوعى فطرى وعقلية جماعية .

وهكذا أنتهى — كما قلت من قبل — إلى أن الدليل الوحيد على أحكام الشريعة هو الاجتهاد على اختلاف فى المجتهد : فقد يكون المجتهد فقيها وقد يكون قاضيا وقد يكون ولى الأمر، والعرف من وراء ذلك معين ومساعد . ولذا فإن القاعدة أن على المجتهد أن يجعل العرف نصب عينيه فلا يحيد عنه كما أن على القاضى أن يطبقه ويبنى قضاءه عليه (عبد العزيز العلى النعيم — اصول الاحكام الشرعية ومبادىء علم النظم — الرياض ١٣٩٧ — ١٩٧٧ ص ٧٧) .

مبحث ملحق
فى
النظرية الإسلامية والقانون الرومانى

١ ـــ الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى :

يثير نفر من المستشرقين قضية علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى وتختلف مواقفهم من هذه القضية . فمنهم من قال بأن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى ومنهم من نفى ذلك ومنهم من التزم موقفا وسطا فارتأى أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت فى بعض أحكامها فحسب بالقانون الرومانى .

ويبدى الفقهاء المسلمون حساسية بالغة حيال تلك القضية ويبذلون الجهد الجهيد لنفى أية صلة بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى واثبات أصالة الاحكام الإسلامية وتفرد مفاهيمها .

وكان المستشرق الايطالى دومنيكو جاتسكى هو أول من زعم أن الشريعة الإسلامية تدين فى جوهرها للقانون الرومانى (Gatteschi, Dominico- Manuale di Diritto Publico et Privato Ottomano, Alessandria, 1865, p. 45.).

ويعتبر جولد تسهير مثلا للمستشرق المتغالى فى انكار أية أصالة للشريعة الإسلامية والاستهانة بما خلفه العرب من تراث . فالاسلام فى نظره هو نتيجة تأثرات مختلفة تكون بعضها باعتباره تصورا أو فهما أخلاقيا للعالم وباعتباره نظاما قانونيا وعقديا حتى أخذ شكله النهائى ، ونظامه الفقهى الدقيق يشعر بتأثره بالقانون الرومانى . وفى نظرته العمياء ـــ أن تبشير النبى العربى ليس إلا مزيجا منتخبا من معارف وآراء دينية عرفها أو استقاها بسبب اتصاله بالعناصر اليهودية والمسيحية وغيرها التى تأثر بها تأثرا عميقا .

ولا يعل شاخت عن جولد تسهير عنتا فى تصويره للشريعة الإسلامية فالعلم التشريعى الإسلامى فى رأيه لم يتكون إلا فى أواخر العهد الأموى وبعد أن فتحت الحضارة الإسلامية أبوابها لمن أسلم من غير العرب الذين يعود اليهم الفضل فى نقل ماعرفوه من المبادىء والأحكام القانونية إلى الإسلام لأن أحكام الاسلام كانت تفتقر قبل ذلك إلى المواصفات التى تجعل منها أحكاما قانونية بالمعنى الصحيح (Schacht, Joseph- Esquise d'une histoire du Droit Musulman, Librarie Orientale et Americaine, Paris, 1952, pp. 9è24).

أما ثالثة الأثافى فهو لامبير الذى يقول إن الفقه الإسلامى لم يكن نتيجة طبيعية للنبوغ العربى وإنما كان مستوردا من شعوب فارس وبلاد الشام Lambert, Eduard- La Fonction du droit civil comparé, Giard et Brière, Paris, 1903, p. 356).

ولا أزمع هنا أن أعرض لهذه القضية بالتفصيل فذلك يمكن وحده أن يستغرق جهد هذا السفر لا سيما وانى أرى الجدل الذى دار بين الفريقين — المستشرقين والمسلمين — يتسم بحماس صرف الجميع عن أن يتوجهوا إلى لب القضية وجوهر الدعوى . ولو أنهم تدبروا كتاب الله لوجدوا فيه الحجة البالغة والأدلة الدامغة ولما كلفهم ذلك جهدا ولا عناء . ولذا فإنى أعرض لما قاله الفريقان فى ايجاز بالغ .

يستند المستشرقون الذين ذهبوا إلى ان الشريعة الإسلامية قد تأثرت — على خلاف بينهم فى مدى التأثير — بالقانون الرومانى إلى العديد من الحجج التى أسردها إجمالا فيما يلى ومعها تعليق الكتاب المسلمين :

١ — كانت الصلات التى قامت بين العرب والرومان — وبخاصة الصلات التجارية — سببا فى ان تأثرت الأنظمة العربية قبل الإسلام بالقانون الرومانى فانتقلت بعض الأنظمة الرومانية إلى الحياة العربية الجاهلية (ت . ج . دى بور — تاريخ الفلسفة فى الإسلام ، ترجمة محمد عبد الهادى أبو ريدة ، القاهرة ، ١٩٣٧ ، ص ٤٢) .

ويجيب المسلمون بأن البداوة ظلت هي السمة الغالبة على معظم سكان شبه الجزيرة فحالت دون أن تتفاعل الحياة العربية مع حضارات الامم المجاورة . ولم يعبر من ذلك قيام الغساسنة في الشمال لانهم كانوا على غير دين العرب ولغتهم فلم يصلحوا معبرا لنقل أحكام القانون الروماني إلى الجزيرة العربية . ثم ان الصلات التجارية اقتصرت على رحلة الصيف من كل عام وعلى عدد محدود من قريش كانوا هم المشرفون على تلك الرحلة . ومثل هذا الاتصال المحدود زمانا ورجالا لا يمكن الاستناد إليه في تأكيد أن النظم القانونية في جزيرة العرب قد تأثرت بالنظم القانونية الرومانية .

٢ ـــ يذهب بعض المستشرقين أمثال دارست (Dareste, R.- Etude d'histoire du droit, Paris, 1889, t.I, p. 54) ولامبير وبلودين (James Baldwin- Dichonary of Philosophy and Psychology, Peter Smith, Gloucester, Mass., 1957). إلى أن اليهود والنصارى كانوا واسطة نقل بعض مفاهيم القانون الروماني قبل الإسلام إلى العرب وقد أدى هذا بدوره إلى أن تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني بطريقة غير مباشرة لان الإسلام أقر بعض النظم القانونية التي كان العرب يشايعونها قبل الإسلام .

ويرد المسلمون ذلك بأن يهود الشام كانوا أقل استجابة للحضارة الرومانية لاسيما الفريسيون منهم ولعل العكس هو الصحيح فقد تأثر القانون الروماني بالتنظيم والقواعد اليهودية لاسيما خلال العصر البيزنطي (صوفي حسن أبو طالب ــ بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، مكتبة النهضة ، القاهرة ، ص ٦٣) .

ثم إن قلة من العرب هي التي كانت تدين باليهودية لاسيما بعد حملة الأحباش عليهم في أوائل القرن السادس الميلادي . والامر كذلك بالنسبة للنصارى فإن عددهم كان محدودا فضلا على أن مسيحي نجران كانوا من اليعاقبة وليس من النساطرة ولذا فإن صلاتهم مع الأحباش كانت أقوى منها مع الرومان (علي سامي النشار ــ نشأة الفكر الفلسفي الإسلامي ــ دار

المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٥ ، ص ٦٧) . (واليعقوبية مذهب ينسب إلى يعقوب البردعاني ويقوم على أن الإنسان والله قد اتحدا في طبيعة واحدة هي السيد المسيح وكان منتشرا في غسان وسائر قبائل الشام . أما النسطورية فمذهب ظهر في القرن الخامس الميلادي وينتسب إلى نسطوريس (الذي رقي إلى اسقفية القسطنطينية عام ٤٢٧) ويقول بأن المسيح ذو طبيعتين ففيه يوجد شخص الهي (الكلمة Logos) وشخص بشري ويتصل الشخصان كل بالآخر ويعملان في انسجام تام) .

هذا إلى جانب ان المراكز الثقافية المسيحية كانت بعيدة عن الجزيرة العربية إذ تمركزت في الاسكندرية وانطاكية ونصيبين والرها وقد أصبحت المسيحية هي الديانة الرسمية للامبراطورية فقط بعد أن اعتنق الامبراطور قسطنطين المسيحية سنة ٣١٢ وبهذا ازداد الاهتمام بالقضايا العربية وفرضت السريانية ذاتها تجاه اللغة اليونانية وما واكب ذلك من احياء للوعي القومي :

والجدير بالذكر أن الاهتمام باللغة اللاتينية في بلاد الشام اقتصر على الراغبين في دراسة المحاماة وأما الاهتمام باللغة اليونانية فقد انحصر في الراغبين في دراسة الفلسفة .

وهكذا فإن القانون الروماني — حتى في طابعه البيزنطي — لم يهيمن على بلاد الشام فقد احتفظت شعوب تلك المنطقة بقوانينها وتقاليدها المحلية .

ويرى البعض أن النظام القضائي الروماني الذي عم بلاد الامبراطورية البيزنطية (نظام البريتور) كان له أثره على فقهاء المسلمين. بينما يذهب نفر ثالث إلى أن التأثر بالقانون الروماني تحقق عن طريق مدارس القانون الروماني التي كانت منتشره في الشرق . ومن المستشرقين — امثال جولد تسهير (أجنس جولد تسهير — العقيدة والشريعة في الإسلام ، ترجمة محمد يوسف مرسي وعبد العزيز عبد الحق وعلي حسن عبد القادر . دار الكتاب المصري . القاهرة ، ص ٤٧) من يزعم أن فقهاء المسلمين قد تعرفوا على القانون الروماني عن طريق حركة الترجمة .

ويدفع المسلمون تلك الدعوى بأن القواعد التى احتواها القرآن والحديث قواعد أثبت اكثر من فقيه مسلم مدى تقدمها وتطورها بالمقارنة بالاحكام الرومانية المعرقة فى شكليات عجزت عن ان تواكب مسيرة الزمن أو ان تعايش الأمور . ثم ان المجتهد المسلم لابد ان تتوافر فيه شروط منها التزامه اساسا بالمصدرين الاساسين : القرآن والحديث .

ولاننس أن المدارس الفقهية الإسلامية لم تنشأ فى المناطق التى كانت خاضعة للحكم الرومانى فمالك فى المدينة وهناك تتلمذ الشافعى عليه . وأبو حنيفة فى الكوفة ، واحمد فى بغداد ، أما الاوزاعى فى الشام فكان من أهل الحديث وقد ضاعت آثاره ، كما ان مذهب الليث بن سعد فى مصر لم يكتب له البقاء .

وقد ألغى الامبراطور جستنيانوس سنة ٥٣٣ – اى قبل اكثر من قرن على الفتح العربى لمصر والشام – كثيرا من مدارس الحقوق حفاظا على المجموعات القانونية التى اصدرها والمسماة مجموعة الحقوق المدنية Corpus Juris Civilis وتعرف ايضا بالعربية باسم مجموعة جستنيان (راجع الترجمة العربية فى عبد العزيز فهمى مدونة جستنيان ، دار الكتاب المصرى ، القاهرة ١٩٤٦) . وتدفع تلك الدعوى بأن نظام البريتور ألغى سنة ٣٨٦ م (أى قبل ماينيف على اربعة قرون من ظهور الدعوى الإسلامية) .

وكان الرسول ﷺ ومن بعده ابوبكر هما قضاة الدولة فلما فصل عمر الولايات اصبح للقضاء ولاة متفرغون . كذلك لم يثبت تاريخيا أن قضاة أهل الكتاب قد طبقوا القانون الرومانى .

- صحيح ان الدولة الإسلامية شهدت – منذ العصر الاموى – حركة ترجمة نشطة من اليونانية إلى العربية لا سيما على يد النصارى بصفة عامة والسريان منهم بصفة خاصة (مثل ابن كرمى وسرجيس الرسفى ويعقوب الرهاوى فى العصر الأموى وحنين بن اسحق وابنه اسحق وقسطاين لوقا وثابت بن قره فى العصر العباسى) وأن هؤلاء نقلوا من بين مانقلوا بعض كتب

القانون مثل الكتاب المسمى « الكتاب السورى الرومانى » أو « قوانين الأباطرة قسطنطين وتيودوسيانوس وليون » إلا أن نشاط حركة الترجمة لا يعنى حتما ولزاما ان الفقه الإسلامى قد تأثر مما ترجم من القانون الرومانى . ثم ان الكتاب الذى اشرنا اليه ترجم إلى العربية سنة ١١٠٠ ميلادية ـــ أى بعد مضى زهاء ثلاثة قرون على نضج الفقه الإسلامى واكتماله فأن أحدث المدارس الإسلامية (المدرسة الحنبلية) ولد صاحبها ابن حنبل عام ١٦٤ هـ/ ٧٨٠ م وتوفى عام ٢٤١ هـ / ٨٥٥ م . فضلا على ان فقهاء الرومان لا ذكر لهم فيما خلفه الفقه الإسلامى التقليدى من دراسات (صوفى حسن أبوطالب ـــ المرجع السابق . ص ٧٥) .

وكذلك هناك فرق جوهرى بين نظرة الفقهاء الرومان ونظرة الفقهاء المسلمين للقانون . فالقانون عند الفقهاء الرومان هو مجمل القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية وتفرضها الدولة على الناس ولو بالقوة عند الاقتضاء . اما القانون الإسلامى فيعالج « العلاقات من اي نوع كانت ويتدبرها سواء أكانت علاقات مع الله أم مع الناس ، يدخل فى ذلك اشياء كثيرة كالصدقات على الفقراء والزكاة والانظمة العائلية والشهد المدنية والاقتصادية والسياسية ... وينتج من ذلك ان الشرع الإسلامى لم ينظر إليه كالشرع الرومانى أو القانون المدنى ـــ كأشياء ترسبت من الاجيال وتفتقت عنها قرائح عديدة وجاءت بها التجارب التاريخية لشعب من الشعوب فعمله الأولى هو ان يصنف الاعمال وفقا لمفهوم الخير والشر المطلق » (هى . أ . ر . جيب ـــ الاتجاهات الحديثة فى الإسلام ، ترجمة كامل سليمان ، منشورات دار مكتبة الحياة . ١٩٥٤ ، ص ١٥٠) .

ويبدو الاختلاف بين التصورين ـــ الإسلامى الرومانى ـــ للقانون بمقارنة مصادر وتقسيمات كل منهما ، فقد شملت مصادر القانون الرومانى ـــ على مر عصوره ـــ العرف والعادات Jus majorum ، والتشريع الذى بدأ مع « قانون الاثني العشر لوحا » (٤٥١ / ٤٥٠ ق . م) ، والقرارات الصادرة عن

مجلس الشعب أو المجالس العامة مثل Comitia Tributa ومجلس الشيوخ ، وخطط ومنشورات البريتور ، وقرارات ومنشورات الحكام ، والدساتير الامبراطورية المختلفة كدستور كاركلا (٢١٢ م) الذى منح سكان الامبراطورية الجنسية الرومانية ، والفتاوى واجتهادات المتشرعين Respons Prudentum ، ومؤلفات كبار المستشرقين مثل كونتس موشيوس سكيفولا او أفيليوس Ofiliys وألفينوس فاروس Al Fenus Faras وجايوس Gais وباتيانوس والبيانوس وبولص ومودستينوس .

وقد بعد القانون الرومانى فى مرحلة نضجه عن الدين واتصف ـــ باستثناء الدور البيزنطي ـــ بكونه قانونا عمليا يتحاشى النظريات أما الشريعة الإسلامية فمصدرها القرآن الكريم والحديث الشريف ومن هذين المصدرين يستمد الفقه الاحكام سالكا فى سبيل ذلك طرائق معينة مثل القياس والاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة والذرائع . وتتميز الشريعة الغراء بانها ذات غايات عملية تتصل بواقع المجتمع وليست تأملات فلسفية .

وقد قسم الرومان قانونهم على اربعة اوجه :

(١) الحقوق المدنية والحقوق الدولية .

(٢) الحقوق المكتوبة والحقوق غير المكتوبة .

(٣) الحقوق العامة والحقوق الخاصة .

(٤) حقوق الاشخاص وحقوق الاشياء وحقوق الدعوى .

أما الشريعة الإسلامية ـــ وهى مستنبطة من القرآن والحديث ـــ فتقسم الفقه إلى قسمين رئيسين : العبادات والمعاملات .
وقد تناول الفقهاء المسلمون المحدثون ـــ وفى مقدمتهم الاستاذ الدكتور السنهورى ـــ فى دراسات مطولة ـــ بيان مدى اختلاف فلسفة القانون فى الشريعة الإسلامية عنها فى القانون الرومانى (انظر على سبيل المثال : عبد الرازق السنهورى ـــ أصل الحق ، ستة اجزاء ، القاهرة) ، ولا مجال هنا للإطالة فى هذه النواحي واجتزىء بما اوضحه بين دفتى هذه الدراسة من مقارنات بين قانون السلام فى الإسلام وقانون السلام المعاصر .

رأيي الخاص :

لا مراء فى ان الشريعة الإسلامية قانون مصدره القرآن وأن الشريعة الرومانية قانون من صناعة الانسان وأن الدعوى التى تنكر على الشريعة الإسلامية أصالتها دعوى باطلة من أساسها ولاجدال فى ان كثيرا من الذرائع التى تقول بها المستشرقون ذرائع واهية الحجة ضعيفة المنطق وأن مادفع به الكتاب المسلمون فيه من الوجاهة مايقنع بسلامة منطلقه ويزكى نبيل مقاصده ولكنا لانستطيع ان نقول فى موضوعية مجردة إن ماقاله أى من الفريقين — المستشرقين والمسلمين — فى تأييد دعواه صحيح على اطلاقه أو خطأ فى كل تفاصيله .

فان المحقق المدقق لايملك أن ينكر ان القانون الرومانى يعتبر فى نشوئه وتطوره نموذجا لدراسة نشوء وتطور الشرائع فى العصور القديمة فلا عجب ان يقال إن روما فتحت العالم ثلاث مرات : مرة بجيشها ومرة ببنيها،ومرة بقانونها وأن الفتح الأخير هو أبعدها أثرا (انظر Brissaud, Jean Baptiste- Cours d'histoire generale du droit Francais, Paris, Fontemoing, 1920, Vol. I., p. 192).

لقد مر القانون الرومانى — خلال تطوره — بمراحل ثلاثة :

(١) المرحلة الأولى وتبدأ بتأسيس مدينة روما عام ٤٥٧ ق . م وتنتهى بصدور قانون الألواح الاثنى العشر ٤٥١ ق . م ، وهى مرحلة الطفولة حيث ارتبطت قواعده بالتقاليد الدينية واقتصرت على الاحوال الشخصية وبعض النظم المدنية.

(٢) المرحلة الثانية وتبدأ مع صدور قانون الألواح الاثنى العشر وتنتهى ٢٨٤ وهى مرحلة النضوج فقد قننت خلال تلك المرحلة الاعراف الرومانية فى قانون الألواح الاثنى العشر الذى يعد البناء الاساسى للشريعة اللاتينية إذ استقلت أحكامه المدنية عن الدين ولم يبق فيه من أحكام الدين إلا بعض

القواعد المتعلقة بالجنايات وبعض الاحكام الخاصة بالتقويم المدنى الضرورية لاجراءات التقاضى ، واصبح قانونا عاما للرومان دون غيرهم من سكان روما . وظهرت مبادىء قانونية سميت القانون القضائى ــ نتيجة تفاسير الفقهاء وجهود البريتور . كما تكونت مبادىء وقانون الشعوب بفضل مجهود البريتور المختص بقضايا الاجانب وطرأت تطورات هامة بناء على قرارات ــ صدرت عن مجالس الشعب .

(٣) المرحلة الثالثة وتبدأ مع بدء حكم الامبراطور ديوكليسيانوس (٢٨٤ م) وتنتهى بانتهاء حكم الامبراطور يوستينيانوس (٥٦٥ م) . وتمثل هذه المرحلة الدور البيزنطى للقانون الرومانى وخلالها انشطرت الامبراطورية الرومانية شطرين : الامبراطورية الغربية وكانت روما هى عاصمتها أولا ثم مدينة ميلانو فمدينة رافينا ، والامبراطورية الشرقية وعاصمتها بيزنطة التى سميت فيما بعد القسطنطينية . وقد انتشرت المسيحية عبر هذه المرحلة فأصبحت دين الامبراطورية الرسمى ، وتحول نظام الحكم إلى حكم مطلق صريح وغدا الامبراطور هو المصدر الاوحد للتشريع ، وقد أضفيت الجنسية الرومانية ــ فى هذه المرحلة ــ على سكان الامبراطورية جميعا وخضعوا تبعا للقانون الرومانى وبدأت القوانين المحلية تتسرب إلى القانون الرومانى مما دفع الاباطرة إلى جمع القوانين الرومانية فى مجموعات رسمية وكان من أثر نشر تلك المجموعات أن ضعفت الحركة الفقهية .

وقد فتر القانون الرومانى بعد ذلك باستثناء ماورد فى مجموعة « مختار القوانين Ecloga Legum » التى اصدرها الامبراطور ليون الثالث (٧٣٩ م) معدلا فيها الكثير من القواعد التى تضمنتها مجموعة يوستينيانوس .

وظل الامر على هذا النحو إلى أن فتح العثمانيون القسطنطينية وبدأ عصر النهضة فى اوروبا الذى كانت من بين سماته اهتمام العديد من البلدان الاوربية بدراسة مبادىء القانون الرومانى واقتباس الكثير من مبادئه وقد أغراها على ذلك ماتتمتع به تلك المبادىء من متانة وماتحتويه من فكر قانونى رفيع .

وماكان لقواعد القانون الرومانى ان تبقى هذه الفترة من الزمن لولا قدرة الرومان انفسهم على الجدل الفقهى وخلق الافتراضات القانونية Fictions Legales ومرونة القواعد ذاتها وصلاحيتها لمطاوعة الظروف ومعالجة الاحداث . وأمر منطقى ألا يخلو ذلك القانون — وقد بلغ درجة عالية من النضوج — من بعض أحكام فطرية أو طبعية تتفق مع فطرة الله التى فطر عليها الناس . وتلك ليست ميزة يتفوق بها القانون الرومانى على غيره من القوانين لان فطرة الله التى طبع عليها الناس فطرة مستمرة متسلسلة ، وبدهى ان تستجيب إلى قواعد عامة تنظم علاقات الناس لا تتغير فى عمومها بتغير الزمان والمكان . ولذا فإن قوانين البشر منذ بدء الخليقة تشترك فى اقتباس تلك المبادىء واقرار هاتيك الاصول . « فطرة الله التى فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله » (الروم / ٣٠) . ووسيلة البشر إلى التعرف على تلك الاصول — التى هى سنن الفطرة أو القانون الطبيعى للناس — كما يفسر فقهاء الغرب — هى العقل . ومن ثم فان عقل الانسان — وهو قدرة من قدرات الله — قد يكشف عن تلك الاحكام باجتهاده وقد تنكشف بوحى من الله . والعقل فى الحالتين — الاجتهاد والوحى — انما يتعرف على قوانين فطرية وقواعد طبيعية . فلا عجب اذن أن تحتوى الشريعة الإسلامية — وهى شريعة الفطرة — من المبادىء والاحكام مايستجيب لتلك الفطرة ، وتبعا بما تتفق فى بعضها مع قواعد سبق للعقل أن كشفها باجتهاده ، وفى قول آخر فإنه لاغرابة أن نجد فى النظرية الإسلامية بعض الاحكام والمبادىء الفطرية أو الطبيعية التى نجدها فى القانون الرومانى . ولكن بعض المستشرقين يتخذون من ذلك وسيلة مغرضة للتشكيك فى الشريعة الإسلامية بزعم أن الشريعة الإسلامية بهذا قد تأثرت بالقانون الرومانى واقتبست منه تلك الاحكام والمبادىء .ويدللون على هذا الزعم بما سبق ان اوجزت من أدلة . وينبعث الفقهاء المسلمون من هذا المنطلق ذاته لتفنيد مزاعم المستشرقين . وهذا هو ماآخذه على الكثير من الكتابات الإسلامية ، ذلك ان تماثل الشريعتين — الإسلامية والرومانية — فى بعض المدركات الفطرية العامة أمر يقره العقل ولا ينكره لأن الشريعة الإسلامية لم

تأت لكى تقطع علاقة المسلمين بمسيرة البشرية عبر القرون أو لتبدل بها حضارة غريبة إن أحكام الفطرة أحكام تعرفها البشرية منذ أن هبط آدم على الأرض ولاتختلف فيها شريعة عن الأخرى فما علمه الله لآدم من كلمات هى قواميس البشرية إلى يومنا هذا ونظرة هابيل التى تنكر جريمة قتله لأخيه لازالت هى النظرة التى تقوم بها كافة المجتمعات جريمة القتل « ولن تجد لسنة الله تبديلا » (الفتح / ٢٣) . ومن ثم فقد كان طبيعيا أن نلحظ تماثلا بين الشريعة الإسلامية والشريعة الرومانية فيما هو حكم الفطرة وإلا لما كانت الحنيفية السمحاء دين الفطرة . ولكن الذى ينفى عن شرعة الإسلام تهمة النقل ويرفع عنها زيف التقليد هو أنها تنزيل من رب العالمين ، وتلك حقيقة تثبتها البراهين وتؤكدها الأدلة تأكيد اليقين .

وأغلب الظن عندى أن جمهرة من خاضوا فى علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى إنما يخلطون بين مصطلحى « الشريعة » و « الفقه » ويتعاملون مع المصطلحين على أنهما بديلان ولذا فانهم ينسبون الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى وهم يقصدون فى الواقع نسبة الفقه الإسلامى إلى الفقه الرومانى . ومع ذلك فإن القرآن الكريم لم يفته أن يعرض لتلك القضية وأن يهدمها من أساسها بحجة بسيطة فى مبناها دامغة فى معناها . يقول المولى عز وجل « ولقد نعلم أنهم يقولون إنما يعلمه بشر لسان الذى يلحدون إليه أعجمى وهذا لسان عربى مبين » (النحل / ١٠٣) وإذن فما يردده المستشرقون من أباطيل ليس من ابتداعهم ومايمزحون به من أقاويل ليس من افترائهم وحدهم فمحاولات النيل من شرعة الإسلام بدأت مع نزول القرآن وتجددت عبر الأيام على لسان الحاقدين الكفار وإن تغيرت وسائل التعبير واختلفت أدوات التفكير « يريد الله ليبين لكم ويهديكم سنن الذين من قبلكم » (النساء / ٢٦) .

إن الدليل الذى قدمه الكتاب الكريم لاينتمى إلى الغيبيات ولايعتمد على الروحانيات وإنما هو دليل ملموس وحجة واقعية . إن برهان القرآن على أن

أحكامه هي شرعة الرحمن هو حبكة الصياغة ودقة العبارة وسمو الأسلوب ولذا تحدى الانس والجن — منذ قرابة خمسة عشر قرنا — على أن يأتوا بسورة من مثله « وإن كنتم فى ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله » (البقرة / ٢٣) . فإن تقاعست جهود الناس عن قبول التحدى وعجزت قدراتهم دون المجاراة فإن ذلك التقاعس والعجز دليلان ماديان على أن الشريعة الإسلامية شريعة ربانية . وإذن فلا مجال بعد ذلك للزعم بأن الكتاب الذى انزله الخالق هو اقتباس من كتاب خطه المخلوق . وما احتواه القرآن الكريم من أحكام سبقت فيها شرعة الرومان هو تكرار لأحكام الفطرة التى كشفها الرومان بهدى من الله وعرفها المسلمون بوحى منه « يعلم مابين ايديهم وماخلفهم ولا يحيطون بشيء من علمه إلا بما شاء » (البقرة / ٢٥٥) .

فكرية بلا جذور تضرب فى تاريخ مضى وعصر سبق ، وإنما جاءت لتهدم مالا يتفق مع الفطرة وتشذب مايصلح منه للتشذيب وتستكمل ماتفتقر إليه تلك الفطرة من أحكام تضعها على الطريق القويم . وتوجهها إلى الدرب السليم . ومن ثم فإن السؤال الصحيح الذى يضع قضية علاقة الشريعة الإسلامية بما سبقها من شرائع وقوانين هى : هل عرف العقل هذه الاحكام والقواعد عن الشريعة الإسلامية باجتهاده أم بوحى من الله . فإن كانت معرفة العقل معرفة اجتهادية فعندئذ لانستطيع أن ننكر احتمال أن يكون من وضع احكام الشريعة الإسلامية قد نقل عن الشريعة الرومانية ، أما إذا كان العقل قد عرف تلك الاحكام عن وحى الهى فإننا يجب ان نقر بأن هذا التماثل ليس من قبيل التأثر أو النقل وإنما هو صنع الله الذى اتقن كل شيء وخلق الإنسان وعلمه البيان فهو الذى علم الرومان وغيرهم تلك الاحكام بما ركبه فيهم من فطرة وهو الذى علمنا تلك الاحكام بما أوحاه إلينا عن طريق رسوله الكريم . ولما كان المستشرقون قد استندوا — من بين مزاعمهم — إلى ذريعة أن الشريعة الإسلامية قد تأثرت باليهودية والنصرانية فانى ألوذ — فى الاجابة على السؤال الذى أثرته — بتحديد علاقة الشريعة الإسلامية — كما نزل بها القرآن الكريم — بما سبقها من شرائع سماوية فى اليهودية والنصرانية ليتضح لنا بجلاء ان

تكرار الاحكام فى الشرائع السماوية هو أمر طبيعى لانها شرائع تتكامل وقوانين تنبثق عن نبع واحد هو الارادة الالهية ولذا يحق لنا أن نقول إن الشرائع السماوية هى فى حقيقتها شريعة سماوية واحدة متطورة .

تلتقى جميع شرائع الرسل الكرام منذ ارسال الله نوحا عليه السلام وحتى الرسالة الخاتمه على منهج واحد وتسير فى منطلق ايمانى فى الدعوة اليه فملتهم واحدة ووجهتهم واحده وعلى صوئها خاطبهم الله جميعا بقوله « ياأيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا انى بما تعلمون عليم وإن هذه امتكم امة واحدة وانا ربكم فاتقون » . (المؤمنون / ٥٢) .

واجتبى الحق سبحانه من بين الرسل خمسة وصفهم القرآن الكريم بأنهم اولو العزم « فاصبر كما اولو العزم من الرسل » وذلك لانهم قاموا بحمل الامانة الالهية وبلغوا الدعوة الكبيرة والمتجددة . ولاقوا مالاقوا فى سبيل ذلك فصبروا وصابروا ، وهم نوح وابراهيم وموسى وعيسى ومحمد عليهم جميعا افضل الصلاة واتم التسليم وقد كان لكل واحد منهم شرع جديد يختلف عن سابقه فى شكل العبادة حسب استعداد الناس ويختلف باختلاف الزمان ليلائم الطباع ، ويتواءم مع فطرة الناس لحكمة واحدة هى هديتهم وسعادتهم فى الدنيا والاخرة أما غيرهم من الرسل فقد كانوا يبعثون ويكلفون بتبليغ شرع غيرهم ممن قبلهم .

والإيمان بجميع الانبياء والرسل والكتب التى نزلت عليهم هو صلب العقيدة فلن يكون مؤمنا من ينكر رسولا أو كتابا وقد طلب القرآن الكريم من المسلمين ان يعلنوا هذا الإيمان وان يكون تصديقهم للرسل سواء فلا فرق بين رسول وآخر ولابين من له كتاب ومن ليس له كتاب اذعانا لقول الله تعالى « قولوا آمنا بالله وماأنزل الينا وماأنزل إلى ابراهيم واسماعيل واسحق ويعقوب والاسباط وما اوتى موسى وعيسى وما أوتى النبيون من ربهم لا نفرق بين احد منهم ونحن له مسلمون » . (البقرة / ١٣٦) .

ومرد هذا الادعان بالاعلان عن هذا الإيمان هو ان الإسلام بمعناه الأعم إنما هو الدين الذى هبطت به كل الرسالات ونادى به سائر الرسل والانبياء وإليه انتمى جميع التابعين له وفيه يسلم الناس وجوههم وقلوبهم لخالقهم سبحانه وتعالى. يقول نوح عليه السلام « وامرت أن اكون من المسلمين ». ويقول الخليل عليه السلام « إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا أول المسلمين » (الانعام / ١٦٢) . ويقول موسى عليه السلام « ياقوم إن كنتم امنتم بالله فعليه توكلوا إن كنتم مسلمين » (يونس / ٨٤) ، فقد اشترط فى التوكل ان يسلموا انفسهم لله ويجعلونها خالصة له فلا حظ للشيطان ، ويقول الحواريون لعيسى عليه السلام ، « آمنا بالله واشهد بأننا مسلمون » (آل عمران / ٥٢) ، وقد وصى يعقوب عليه السلام بنيه قائلا : « يا بنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وانتم مسلمون » . ويجيب الأبناء عن استفسار ابيهم « نعبد الهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق الها واحدا ونحن له مسلمون » . (البقرة / ١٣٣) .

وعندما سمع بعض أهل الكتاب القرآن قالوا : آمنا به انه الحق من ربنا إنا كنا من قبله مسلمين» (القصص/٥٣) . من كل ذلك وغيره مما جاء على ألسنة الرسل المذكورين فى القران الكريم يتضح لنا ان علاقة الإسلام بالاديان الاخرى هى علاقة الشيء بذاته مادام جوهره هو جوهر كل الرسالات ودعوة رسوله هى دعوة كل الرسل ، وأما ماانفرد به كل نبى من شريعة معينة فهذا مدلول معين وتعريف خاص ، والطلاق فى عرف الناس كاطلاق الإسلام على شريعة محمد ﷺ واطلاق اليهودية على شريعة موسى والمسيحية على شريعة عيسى عليهما السلام. وكذلك ما اختصت به كل شريعة من احكام وآداب فذلك حسب مايتناسب مع كل امة فى كل زمان ومكان .

وعلاقة الإسلام كشريعة بالأديان الاخرى وموقفه منها يتمثل فى التصديق والهيمنة . أما التصديق فهو لتلك الكتب قبل أن يدخل عليها تزييف أو تحريف واما الهيمنة فهى على مادخل من التغيير والتحريف عليها فبالنسبة للامر الاول نرى ان الإسلام جاء مصدقا للرسالات السابقة . وأن القرآن قد جاء مؤكدا

لما قبله من الكتب السماوية . فاذا كان الانجيل مصدقا للتوراة فإن القرآن مصدق للانجيل والتوراة ومابين يديه من الكتب يقول تبارك وتعالى « وقفينا على اثارهم بعيسى بن مريم مصدقا لما بين يديه من التوراة واتيناه الانجيل فيه هدى ونور ومصدقا لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين » . (المائدة ٤٦ — ٤٨) .

وفوق ذلك فإن الحق سبحانه أخذ على جميع الانبياء والمرسلين العهد والميثاق ان يؤمنوا بمحمد وينصروه واخذ اقرارهم بذلك . يقول سبحانه « وإذ أخذ الله ميثاق النبيين لما اتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال أأقررتم واخذتم على ذلكم اصرى ، قالوا اقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين » (آل عمران / ٨١) .

على ان تصديق الكتب السماوية المتأخرة للكتب المتقدمة لا يعنى انها لا تغير ولا تبدل منها شيئا إذ مع تصديقها لما قد تغير منها ، فقد غير الانجيل من احكام التوراة وبين أن المسيح عليه السلام جاء ليحل لبنى اسرائيل بعض الذى حرم عليهم ، كذلك فإن القرآن الكريم قد عدل من احكام كل من التوراة والانجيل . وهذا التصديق ليس تناقضا بين المتأخر والمتقدم ولا انكارا منه له ، وإنما هو اخذ بما يتناسب مع الزمن والظروف والاطوار ، وهناك من الامور ماتسمح الشريعة اللاحقة بابقائه واستمراره فى نطاق ظروفه السابقة .

ومن هذا يتضح لنا أن الشرائع جميعا كانت بمثابة اللبنات فى بناء هذا الدين وكانت مهمة اللبنة الاخيرة وهى الشريعة الخاتمة اكمال هذا البناء لأن الرسول الخاتم جاء بالحق وصدق المرسلين ، وبه يتم البناء .

٢ — علم أصول الفقه وضوابط الاجتهاد فى الفقه الرومانى :

علم اصول الفقه هو العلم الذى يبحث فى نصوص الاحكام الشرعية ووجوه دلالتها على تلك الاحكام (قارن المستصفى للغزالى ، المطبعة الاميرية ، ١٣٢٢ هـ ، ج ٥) . وقد وجد هذا العلم — إلى جانب الفقه — عندما

نشطت الحركة الفقهية بعد عهد الصحابة ، لذلك لم يلبث الإمام الشافعى أن أخضع فى بحوثه ومناقشاته إلى قواعد وقوانين لتحفظ هذا العلم من التزيد — أى علم أدلة الأحكام — وكان ذلك تحت تأثير تلك الحركة العلمية (محمد معروف الدواليبى — المدخل إلى علم أصول الفقه ، بيروت ١٩٦٠ ، ص ١١٠) .

وكما اثارت علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى قضية فان علاقة اصول الفقه بضوابط الاجتهاد فى الفقه الرومانى قد أثارت قضية أيضا .

وكعادة جمهرة المستشرقين فانهم يريدون أن يستأثروا بالفضل لانفسهم ولا سلافهم . وكعادة جمهرة الفقهاء المسلمين فانهم يقفون على الطرف المقابل من النقيض فيبرأون من كل صلة بالغرب وأفكاره ويدللون على أصالة جهدهم الخلاق .

وعندما يثور جدل حول صلة علم أصول الفقه بما خلفه الرومان من تراث فكرى قانونى يقفز إلى الذهن مباشرة مستشرق له صولاته وجولاته فى هذا المرتع متسلحا بمعرفته الضليعة فى اللغة العربية ، ذلك هو المستشرق جولد تسهير الذى يتصدر دائما قائمة المستشرقين فى الدراسات الإسلامية .

ويذهب جولد تسهير إلى أن المسلمين قد استقوا أدلتهم التى بنوا عليها مفاهيمهم القانونية من مرحلة قديمة من مراحل الفقه الرومانى ويستدل على ذلك بعدة أدلة ، لعل أهمها هو :

(١) ان الفقهاء المسلمين استعاروا كلمة Jurisprudentia الرومانية وترجموها إلى العربية بلفظة « فقه » .

(٢) وقد أخذوا اسانيد الفقه — الرأى والمصلحة والاستصلاح — عن القانون الرومانى .

(٣) كما اخذوا فكرة التزاوج بين القانون المكتوب والقانون غير المكتوب — أى الشريعة والعرف .

(٤) وأن الأوزاعي والشافعي — وكلاهما من ائمة المذاهب — نشأ في سورية حيث اطلعا على الفقه الروماني ونقلا عنه في علم أصول الفقه .

ويرد الكتاب المسلمون على تلك الذرائع بالآتي :

(١) إن كلا من لفظة « فقه » ولفظة Jurisprudentia تعنى التعقل والفهم وليس خافيا أن كافة النظم القانونية تعتمد — عبر الحقب التاريخية المتلاحقة — على التزود بالعقل والفهم . ومن ثم فإن لفظة « فقه » لم تأخذ من القانون الرومانى وإنما هى مسمى تشترك فيه الحضارات القانونية جميعها بل إن المصطلح اللاتينى يفتقر إلى الدقة فى مقابلة المعنى الذى يعنيه مصطلح « الفقه » عند المسلمين .

(٢) ان اصطلاح « أهل الرأى » اصطلاح يطلقه المعارضون للمدرسة الحنفية على اصحاب تلك المدرسة اظهارا لاعتراضهم على ان يكون الرأى هو المسلك لسن القوانين .

(٣) ان المنفعة العامة — المصلحة أو الاستصلاح — ليست مبدأ رومانيا وإنما هى مبدأ يهودى ظهر فى المتنا فى القرون الوسطى ، ومع ذلك فإن المسلمين لم يكونوا بحاجة إلى نقل المبدأ عن اليهودية ولديهم مايغنيهم عن ذلك فى كتاب الله وسنة رسوله .

(٤) ان التزاوج بين التشريع والعرف يتحقق فى النظم القانونية عندما تبلغ مرحلة معينة من النضج وليس ميزة يستقل بها القانون الرومانى ولذا يرفض المسلمون القول بانهم احذوا هذا التزاوج عن القانون الرومانى .

(٥) صحيح أن الاوزاعى نشأ فى سورية ولكن فقهه اندثر ولم يصل إلينا منه شيء ، أما الشافعى — وإن كان قد ولد فى غزة — إلا أنه تركها غلاما صغيرا إلى مكة حيث ترعرع ولم يرد عنه انه ارتحل إلى سورية بعد ذلك كما ان احدا من ائمة الفقه الاخرين لم يقم فى سورية خلال عصرى الامويين والعباسيين .

ويضيف المسلمون — تدعيما لقولهم — أن علم الاصول لم يستخدم

مصطلحات لاتينية وليس فى مؤلفاته اشارة إلى مرجع رومانى (محمد يوسف موسى ـــ المرجع السابق ، ص ١١١) . ثم ان الشريعة الإسلامية تقوم على تصور مخالف للتصور الرومانى . ذلك ان الشريعة الإسلامية ـــ بوصف أنها شريعة إلهية ـــ تقوم الافعال من حيث الاباحة والحظر بحسب تدرجها كافعال واجبة أو مفروضة أو مندوبة أو مباحة أو مكروهة أو محظورة . أما القانون الرومانى ـــ بوصفه قانونا وضعيا ـــ فيتناول الحقوق المشتقة من افعال معينة ذات اثر قانونى . وإذن فمنهج المفكرين مختلف فى نظرته إلى قواعد الاصول .

والحق أن من المستشرقين من وقف إلى جانب الفقه الإسلامى امثال ارميجون Arminjon ونولدNoldee وولف Wolf (راجع مؤلفهم ـــ Traité de droit comparé, Libraie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Paris, tome 1, 950 Nallino نلينو (راجع محاضرته بعنوان « نظرات فى علاقات الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى فى صلاح المنجد . المنتقى من آراء المستشرقين ، الجزء الأول ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر فى القاهرة ١٩٥٥) ويقول نلينو إن الذين زعموا بأن الفقه الإسلامى قد نقل فى قسم كبير منه عن القانون الرومانى قد اغفلوا مابين المذاهب من اختلافات ويصطادون بكل جهد المتشابهات وأهملوا البون الشاسع بين الغرب القديم والعالم الإسلامى فى تصور القانون ومصادره . ويؤكد نلينو أن العرب قد أنشأوا فقههم انشاء مستقلا فى القسم الاعظم منه .

ولو أنهم أرادوا محاكاة القانون الرومانى لما بعثروا مسائل المعادن أو العبيد أو ملكية الأراضى فى ابواب شتى ولما وضعوا مسائل الربا فى باب البيوع . ومن المستشرقين المؤيدين اذكر ايضا : فرانتز روزنتال « مناهج العلماء والمسلمين فى البحث العلمى ، ترجمة انيس فريحه ، دار الثقافة ، بيروت ، بيروت ، ١٩٦١) ، وسانتيلانا Santillana - Law and Society, The Legacy of Islam, edited by sir Thomas Arnold and Alfred Guillaume, Oxford University

Press, London, 1952) (Mohammaden Law, Oxford, 1931)
وفيتر جيرالد Fitzgerald (راجع مؤلفه The Alleged Debt of Islamic Law to
Roman Law وكذا مقالة له بعنوان Quarterly Review, vol. 67. Jan 1951, pp.
18-102 ورايس Zayes (راجع كتابه Traité élémentire de droit musulman,
Alger, 1885-18868)

وإذا اردت أن ادلى دلوى فى هذه القضية فانى أحب أن انبه أولا إلى أن الحديث هنا عن علم أصول الفقه هو حديث عن علم وضعه الفقهاء لضبط طرق الاستدلال والاستنباط من أحكام فى القرآن والحديث ولا شأن له بأحكام القرآن والحديث فى ذاتها . وفى قول آخر فإن مناقشة علم الاصول إنما تتعلق بمناقشة اجتهاد بشرى وابتداع انسانى ولا تتناول نصوص القرآن والحديث . فعندما نقرأ قوله تعالى « إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان » فإننا نقرأ نصا قرآنيا . وعندما نسأل عن حكم المخدرات لانجد حكما مباشرا لها فى القرآن ولكن الفقيه عندما يستنبط حكم المخدرات قياسا على حكم الخمر يستخدم ضابطا فى الاستنباط هو القياس واستخدام القياس ليس من الضوابط التى جاء بها القرآن وإنما هو من الضوابط التى وضعها الإنسان لفهم أحكام القرآن . ولقد بدأت بابراز هذا الفارق ليبقى فى مخيلتنا وأنا اناقش القضية المعروضة . ان الرأى عندى هو أن القضية كما عرضتها بأدلتها الغربية وأسانيدها التى يقدمها علماء المسلمين تبدو متأرجحة . فليس فيما عرضت مايرجح عندى ايا من الرأيين على الآخر .

حقيقى أن وحدة العقل البشرى يمكن أن تنتهى — عن طريق الصدفة البحتة — إلى تصورات فكرية واحدة ولذا فإن مجرد التشابه أو التماثل لا يعنى لزاما أن أحد الفكرين قد تأثر بالأخر ولكن هذا يجب ألا يمنعنا من أن نواجه الحقائق بموضوعية ولانتمنطق بمنطق النعامة .

وأول تلك الحقائق أن الفتح الإسلامى واجه المسلمين بمشكلات لم يكن لهم بها سابق عهد وكان لزاما عليهم أن يجدوا لها حكما . وأن المسلمين عاشوا فى

جزيرتهم حياة بسيطة ذات مشكلات محدودة ، أما مااعترضهم من قضايا فكان يتصل بمجتمعات الحضارات الكبرى عندئذ — فارس وبيزنطة — فلم يكن بد إذاءها من أن يجتهدوا — فيما يصلون إليه من حلول مستقاة من كتاب الله وسنة رسوله — ببعض المفاهيم التي اعتادت تلك المعضلات ودرجت على ايجاد أحكام لها . وتعنى تلك الحقائق أن لقاء قد تم بين الفكر القانونى الإسلامى والفكر القانونى الرومانى فى بقاع كانت خالصة من قبل لحكم بيزنطة مثل سورية ومصر . وأن حكمة الله اقتضت أن تكون قضية الحكم الإسلامى — لقرن من الزمان بعد عهد الصحابة — فى الشام حيث تفيض مراجع البحث القانونى الرومانى وتعج بمصنفات الفقه البيزنطى .

صحيح أن الامبراطور يوستينيانوس كان قد أغلق الكثير من مدارس الفقه الرومانى قبل زهاء قرن من الفتح الإسلامى للشام ومصر ولكنه استعاض عن ذلك باصدار مجموعات قانونية . وبدهى أن تلك المقننات إلى جانب مابقى من مدارس كانت له معقباته فى مجال الدراسات القانونية .

وإذا كانت المدارس التى بقى لنا فقهها قد نشأت بعيداً عن مراكز التأثير الفكرى البيزنطى فإن ارادة الله شاءت أن يندثر فقه مدرستين نشأتا فى منطقة الفكر البيزنطى هما مدرسة الأوزاعى فى الشام والليث فى مصر . وإذا كان فقه هاتين المدرستين لم يبق لنا حتى الآن فإنه لابد كان محل اطلاع فقهاء زمانهم . والدليل أننا عرفنا بعض فقه الأوزاعى عن طريق الشافعى — وهو صاحب علم الأصول — فى كتابه « الأم » وعن طريق أبى يوسف فى كتابه « الرد على سير الأوزاعى » . وإذن فليس منطقا أن نقبل دون نقاش أن علماء المسلمين جهلوا الفقه الرومانى ولم يتصلوا بالفكر القانونى الرومانى حتى من كان منهم بعيداً فكان ذلك الفكر عندهم ، لاسيما إذا وضعنا فى اعتبارنا ماعرف عن علماء المسلمين فى صدر الإسلام لمن نهم علمى وشغف بالمعرفة . وليس عيبا على الفقيه المسلم إن هو رأى فى ذلك الفكر مايمكن أن يقتبسه ان يفعل ذلك مادام أنه لايعارض كتاب الله وسنة رسوله لاسيما فى بدايات تطور الحركة الفقهية

وباكورة ظهور المدارس المذهبية . ولعمر الحق إن هذا الجهد فى الاقتباس وتلك العبقرية فى الاستيعاب ليست بالمركب الذلول أو المتكأ الهين . ثم إن الفقهاء المسلمين قد احرجوا ماقرأوه واطلعوا عليه فى صورة جديدة مبتدعة فى مسمى خاص هو « علم أصول الفقه » والحكمة ضالة المؤمن ينشدها أنى وجدها ، وطلب العلم مقصود ولو كان فى الصين ولابد أن يكون لهذاالاتصال معقباته من أثر وتأثير .

وهنا تجوز الاشارة إلى أن الرومان جروا على الاعتراف بالاجتهاد — وهو فى مذهبى الدليل الاوحد على الاحكام — دليلا من أدلة الحقوق وظلوا على ذلك حقبة من الزمان فى عهد الجمهورية فلما جاء عهد الامبراطورية وأخذ القياصرة يضيقون شيئا فشيئا من الاجتهاد إلى أن حصروه فى انفسهم لم يبق منه — لاسيما منذ تقنين جوتسينيان — إلا ماكان من باب الشرح والحمل عليه على نحو ماجرت عليه الطريقة التقليدية فى الغرب فى القرن التاسع العشر (الدواليبى — المرجع السابق — ص ٣٥٣ — ٣٥٤) .

فإن صح ما أراه — وهو عندى صحيح — فإنى لا أرى فيه مايشين الفكر الإسلامى أو يعيب فقهاءه لان علماء المسلمين لم ينقلوا نقلا أعمى ولم ينقادوا انقيادا غير بصير بل صقلوا مااتصل بعلمهم وصهروه فى بوتقة عبقريتهم وخرجوا به محدثا جديدا غير مسبوق . وقد ظهر استقلالهم الفكرى فى ابتداع المصطلحات العربية الخالصة بعلم الاصول وعدم الحاجة للاشارة إلى المراجع اللاتينية ولو أن عرف ذلك الزمان لم يكن يعرف مانعرفه اليوم من اشارة إلى المراجع .

وكيف يعزف علماء المسلمين عن استخراج دراسة فقه له ماللفقه الرومانى من مكانة ويتقاعسون عن نبش فكر عرف بما عرف عنه من دراية فإن وجدوا فيه خيراأخذوه وأن لمسوا فيه شرا لفظوه .

واغلب الظن عندى أن حرص من حرص من الكتاب المسلمين على قطع كل علاقة بين علم الأصول وبين الفقه الرومانى يعود إلى أنهم يفهمون

« الشريعة » و « الفقه » على أنهما صنوان وعديلان . وقد قدمت أن «الشريعة » هي أحكام الكتاب والسنة أما « الفقه » فهو فهم الفقهاء لما في الكتاب والسنة فالشريعة إلهية المصدر والفقه بشرى المنبع (راجع على سبيل النموذج لدراسة تحرص على نفى أية صلة بين الفقهين الإسلامي والروماني — محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، القاهرة ١٩٦١ ، ص ١١٣) . ولذا فإنى التمس بعض العذر لمن ينزع تلك النزعة ولكنى لا أقره عليها لأن هذا الخلط قد اضفى على الفقه قدسية لدى البعض تكاد تقارب بينه وبين ماأنزله الله إلى حد أن البعض يفتى بعدم جواز أن يغير المرء مذهبه فإن كان حنفيا لا يجوز له أن يصبح شافعيا وهكذا.وفرق بين شريعة الرحمن وفقه الإنسان ولذا فإنى لا أرى غضاضة في أن نقع بين الحين والحين — في دراسة علم الأصول — على بعض الافكار التي لها في الفقه الروماني مقابل أو جذور . ويكفى العلماء المسلمين فخرا مالقيه علم الأصول على ايديهم من تشذيب وتهذيب . فقد جعلوا منه علما له قواعد وذلك في ذاته انجاز كبير يعلق على صدورهم نوط الجدارة والتقدير .

الفقه الروماني والفقه الإسلامي : (رأيي الخاص) :

أغلب الظن عندى أن عثرة الكثرة من الفقهاء — مسلمين ومستشرقين — تعود إلى عدم تحرى الدقة في معالجة الموضوع فهم يخلطون بين مفهومى « الشريعة » و « الفقه » ويستخدمون المصطلحين على أنهما صنوان والحق عندى أن لمصطلح الشريعة مدلولا يختلف عن مدلول مصطلح « الفقه » ذلك أن الشريعة هي مانزل به القرآن الكريم وحدثت به السنة النبوية الشريفة ، وأما الفقه فهو استنباط الأحكام من هذين المصدرين الاساسين . وإذا فالشريعة قانون الهي أما الفقه فأحكام الاجتهاد البشري . وماكان لنا — وحاشا أن يكون — أن نضع الشريعة موضع الشك أو المقارنة . وإنما يدور البحث حول الفقه وضوابطه أى حول اجتهاد بشرى وضمانات تقويمه ، ومادام أننا في مجال الجهد البشرى فلا غضاضة — من حيث المبدأ — في أن يتبادل الفكر البشرى

التأثير ويتناقل التعبير . وتلك حقيقة لم تغفلها الشريعة الغراء فالاقتباس الخير امر تحدده مبادىء الإسلام .

ويبين ذلك الخلط واضحا إذا حق راجعنا ماقاله المستشرق الذى بدأ الحملة المذعورة عن تأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الرومانى — وهو الايطالى الفونسوباليو — الذى ألف كتابا بعنوان Diritto Publico Privato Ottomano . طبع فى الاسكندرية سنة ١٨٥٦ . ذهب فيه إلى أن أحكام القانون الرومانى دخلت الشريعة الإسلامية عن طريق الاحاديث الموضوعة وقد تابعه فى هذا الرأى كثيرون . ويكفى نقضا لهذا الرأى أن نعلم أن الأحاديث الشريفة التى تتضمن أحكاما قانونية محدودة العدد فكيف يتسنى للموضوع من هذه الأحاديث — مع قلتها — أن يكون له تأثير على شريعة من الأمر لها ماللشريعة الإسلامية من باع طويل ومدى حليل — وأن الكاتب لم يكلف نفسه مشقة البحث الجدى والتحرى الصادق فألقى بالقول على عواهنه فصادف هوى فى نفوس عليلة . وهناك من يقول إن دومينكو ساليشى Diminico Salleshi هو المسئول عن ابتداع تلك الخرافة .

ولعل اشهر من ترعم هذه الحركة الساذجة ثلاثة هم جولد تسهر وسواسى وآموس . ولكن الأول رجع عن قوله فى مؤلفاته المتأخرة . وأما الثانى فكان يسعى إلى الاقناع بأن الشريعة لاتفترق عن قوانين الغرب وقد تبدت سطحية الثالث فى خطأ أولى تردى فيه إذ زعم أن قرارات الخلفاء الراشدين هى المصدر الاساسى للقانون الإسلامى (راجع كتاب « الدين المزعوم للقانون الرومانى على القانون الإسلامى » ترجمة الدكتور محمد سليم العوا » ص ١١٥ — ١١٦) . فلا غرابة إذن أن يسمى الرومان قانونهم Jus أى الحق وأن يسمى المسلمون قانونهم « الشريعة » وهى تقابل المصطلح اللاتينى Fas وينم عن السمة الدينية المصطلح .

فلا عجب أن نجد حركة مضادة للحركة السالفة تقف على طرف النقيض منها وتنادى بأن القانون الرومانى هو الذى أخذ عن الشريعة الإسلامية .

ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الايرانى الهانى ابو المعصل الجرفقدانى فقد أصدر كتابا سنة ١٩١١ يؤكد فيه أن القانون الرومانى نقل عن الشريعة الإسلامية. والنص العربى لهذا الكتاب موجود فى مقدمة القوانين لعبد الحليل سعد

ولكن هذا الرأى لايعد فى نظرى تزكية للشريعة الإسلامية لأن الشكلية التى اتسم بها القانون الرومانى ليست مما تقبله أو تأخذ به النظرية الإسلامية فضلا على أن مابين الشريعتين من خلاف جذرى فى كثير من المفاهيم — كنظام الرق مثلا — يدفع كل منصف للشريعة الإسلامية إلى التنصل من الزعم بأنها هى الأصل التاريخى للقانون الرومانى ثم أى قانون رومانى يقصد وقد نزلت الشريعة فى تاريخ لاحق لتطور القانون الرومانى.

والحق أن الاتجاهين يفتقران إلى الموضوعية فيما يزعمان فضلا على أن ذاتية الشريعة الإسلامية وطابعها الدينى الخاص ليس محل جدل ولا أرى مجالا وفى المكتبة العلمية دراسات جادة بلغات مختلفة فى هذه القضية تغنى عن الخوض فيها ولذا فإنى اجتزىء بالكلام عن علاقة الفكر الرومانى بالفكر الإسلامى وهل كان للأول تأثير على الثانى فيما اعتمده من ضوابط لاستنباط الاحكام.

إن تناقل الافكار بين الامصار وتوارثها عبر الاجيال ظاهرة لامراء فيها ولا جدال وهى عامل من عوامل تقدم الحضارات وتطور المدنيات ولذا حبذ الإسلام الاقتباس الخير وحث على التقليد الكيس ويقول عز من قائل«اولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده» (٦/٩٠)« ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة ابراهيم حنيفا» (٦٠/٤). وكان الرسول يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر به. وقد روى عن ابن حنبل أن الرسول ﷺ قال يعمل فى الإسلام بفضائل أهل الجاهلية ومن ثم فلا غضاضة البتة فى أن يستحسن الفقهاء المسلمون بعض الضوابط الذهنية التى ابتدعها الرومان وأن يجدوها مناسبة للطريق التى يسلكونها فى استنباط أحكام القرآن والحديث، وتبعا فليس مما يعيب فقهاء المسلمين أن يقتبسوا بعض المفاهيم الذهنية عن الرومان أو يستعيروا منهم قدرا من ضوابط تفسير الاحكام بل إننى اعتقد أن تفاعلا قد جرى بين الفكر

الإسلامي الشاب المدقق وبين الاتجاهات الفكرية التي عاصرها في مختلف البقاع التي أفاء الله بها على المسلمين فتأثرت نظرته الفقهية ببعض ماعلمه من أهلها أو قرأه لعلمائها لاسيما في فارس (حيث القوانين الساسانية) وبيزنطة (حيث القوانين الرومانية) . والذي يحمد للمسلمين ويذكر لهم بالفضل أنهم لم يكونوا مقلدين بلا تصرف ولا تابعين دون شخصية بل أن كل ماوصل إلى علمهم من معرفة انسانية صهر في بوتقة العبقرية الإسلامية وخرج سلافا مزاجه من تسنيم ، وتصوروا عبقريا ليس له قرين ، ذلك أن فقهاء المسلمين — بما حباهم الله به من أريحية وماقتبسوه من أفكار ساسانية ورومانية — ابتدعوا علما يعنى بضوابط الاجتهاد ويصف قواعد الاستنباط هو علم أصول الفقه .

واستطيع أن اضرب تمدرك « الإجماع » مثلا هنا للاقتباس الذي تلقفه الفقه الإسلامي عن الفقه الروماني ثم صوره في صورة قشيبة لها ذاتيتها الابداعية . واغلب الظن هو أن الفقهاء المسلمين تأثروا في شأنه بما رتبه النظام الروماني في هذا الخصوص ، ذلك أن مؤلفات بعض المقننين في مجلس المستشارين أصبحت — بعد الامبراطور الروماني درايان — لها قوة القانون إذا أجمعت على رأى . وهكذا ظهرت فكرة الإجماع — لأول مرة — في مجال الاحكام القانونية . وكان الغرض منها وضع حد لتضارب الآراء.وفئة المقننين التي تتمتع آراؤها — عندالاجماع—حجية كاملة أمام القضاء تتألف من خمسة هم جايوس وبابافيان وبول البيان ومود ستين . وكان مالك أول فقيه مسلم يتكلم عن الإجماع وكان مفهومه قريبا جدا من هذا المفهوم إذا اعتبر أن اجماع فقهاء المدينة كاف لارساء قاعدة قانونية ملزمة . ثم تطورت بعد ذلك فكرة الاجماع ، في دراسات الفقهاء المسلمين ، على النحو الذي يتضح في موقعه من هذا السفر ولكنها لم تخل من البصمات الرومانية في تشكيلها .

رب قائل يقول إن المثل الذي سقته وليد الصدفة إذ ليس من دليل قاطع على أن فقهاء المسلمين درسوا فكرة الاجماع في المفهوم الروماني ثم نقلوا عنها — بتصرف — فكرة الاجماع في النظرية الإسلامية . وذلك اعتراض لايخلو من

وحداثة ولكن التقارب الشديد بين مدركي الاجماع — الروماني والإسلامي — وغرابة مدرك الاجماع — فيما أرى — على المنطق القانوني الإسلامي . من حيث أنه يرتفع بالاجماع — على فرض تواتره — إلى مستوى المصادر فيجعل له قوة الالزام التي لا يتمتع بها سوى القرآن والحديث بل ويحرم على الأجيال اللاحقة — عند بعض الفقهاء — معارضته باجتهاد تال يشعران الباحث بأن هذا الانحراف الفكري طارىء على أصول التنظيم الإسلامي التقليدي الذي عرف زمن الرسول وخلفائه الراشدين .

. . .

ثم ماذا ؟

بيد أن ذلك الوليد الجميل ترك على حاله فلم يتعهده أوصياؤه بالرعاية الواجبة ولم يلق إليه أولياؤه من الاهتمام المتواصل ماهو جدير به .

ويحضرني — وأنا بصدد استشراف علم الأصول — على سبيل المثال مذهب علمائه في أن بعض الأحكام الشرعية لا يجوز أن تكون محلا للاجتهاد . وهم يجمعون الأحكام التي تخرج عن نطاق الاجتهاد في فئتين رئيستين هما :
١ — الامور المعلومة من الدين بالضرورة مثل وجوب الزكاة والصوم .
٢ — الأحكام التي ورد فيها نص قطعي الثبوت والدلالة كوجوب قطع يد السارق .

والقول عندي أن هذا المذهب تعلق به شوائب هو في حاجة إلى أن ينقى منها . وأول ماألاحظه غموض الفرق بين الفئتين السالفتين لأن الحكم الذى ورد فيه نص قطعي الثبوت والدلالة لابد أن يكون تبعا من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة ، كما أن الأمور لاتكون معلومة من الدين بالضرورة إلا إذا كانت قطعية الثبوت والدلالة . ولعل هذه التفرقة انبعثت عن مفهوم لم يتضح في قواعد علم أصول الفقه وهو وجوب التفرقة في قوانين ضبط الأصول بين الأحكام الخاصة بالعبادات والأحكام الخاصة بالمعاملات إذ نلاحظ أن الأمثلة التي تمثل بها العلماء لما أسموه الأمور المعلومة من الدين بالضرورة أمثلة تدخل

كلها فى أحكام العبادات أما الأمثلة التى ضربت لما هو قطعى الثبوت والدلالة فتعود إلى أحكام المعاملات .

إن هذه التفرقة هى مفتاحى فى تعليقى على مذهب علماء الأصول فيما يعتبرونه من الأحكام التى لا يجوز أن تكون محلا للاجتهاد .

إن الباحث فى علم الأصول لابد أن يلحظ أن قواعد وقوانين ذلك العلم لا تفرق فيما تضعه من ضوابط بين معايير وموازين الاجتهاد فى أحكام العبادات ومعايير وموازين الاجتهاد فى أحكام المعاملات . فالضوابط واحدة بالنسبة لاحكام الشريعة ــ ماتعلق منها بالعبادات وماتعلق بالمعاملات ــ مع أن لاحكام العبادات فلسفة تختلف عن فلسفة أحكام المعاملات .

لقد حددت أنواع العبادات فى الشريعة على سبيل الحصر فلا زيادة فيها ولانقصان ، وهى الزكاة والصوم وحج البيت الحرام وكلها تتغيا أن يؤدى العبد واجب العبادة حيال خالقه ومن ثم فإن طاعتها واجبة سواء عرفنا حكمتها أو تبينا علتها أم لم نعرف ذلك لأن طاعتها اساسا شاهد على ايمان العبد بربه واقراره بعبوديته المطلقة وتحقيق الغاية الكبرى من خلق الجن والانس . « وماخلقت الجن والانس إلا ليعبدون » (الذاريات / ٥٦) . ولذا فإن مايقوله بعض علماء المسلمين عما يناله المسلم فى دنياه من منافع زمنية بسبب أدائه للعبادات هو فى الأغلب الأعم اجتهاد يعتمد على ذوق العالم ومنطقه الخاص وليس اجتهادا يستند إلى نص فى القرآن أو السنة . فالقول مثلا بأن حكمة الصيام هى دفع الغنى لان يحس باحساس الفقير أو تحقيق منفعة صحية للصائم أو ماإلى ذلك من المبررات كلها محاولات لتقريب العبادة إلى بعض البسطاء والصحيح أن الصوم عبادة يجب على المسلم أن يؤديها لأن الله أمر بها وألا يعلق ذلك على فهم حكمة عقلية أو تبيين علة زمنية ولذا يقول الحديث الشريف « كل عمل ابن آدم له إلا الصوم فهو لى وأنا أجزى به » . وكذا نجد مثلا أن بعض الفقهاء يربط بين جواز افطار الصائم

المسافر وبين مايلقاه المسافر من مشقة فى السفر وينتهى من ذلك إلى أن اجازة الافطار للسفر لا تكون الا إذا لقى المسافر مشقة فى سفره فى حين أن الجمهور يجيز للمسافر مطلقا أن يفطر لأن السفر اعتبر — لحكمة يعلمها الله — مشقة فى ذاته سواء أكان فيه ارهاق أم كان ميسرا . فلاعجب إذن أن يحصر علماء الأصول اسباب المشقة فى سبعة هى السفر والمرض والاكراه والنسيان والجهل وعموم البلوى والنقص فى الاهلية . وهكذا ساووا فى الحقيقة بين المشقة والحرج على الرغم من أن المعنى اللغوى للفظين ليس واحدا .

أما المعاملات فأمرها مختلف ذلك أن الشريعة لم تعدد أنواعها على سبيل الحصر بل فتحت بابها على مصراعيه فالمسلمون أحرار فى أن يقيموا بينهم من المعاملات مايشاءون مادام أنهم لايحلون حراما ولا يحرمون حلالا . ثم إن الحكمة من وراء أحكام المعاملات والعلة التى تدور معها هذه الاحكام هى فى الأعم الأغلب معلومة للمجتهدين .

إن هذه الفوارق الجوهرية بين أحكام العبادات — وهى كتاب بين العبد وربه — وبين أحكام المعاملات وهى كتاب تغلب فيه مصلحة العباد كان يتوقع معها — فى مذهبى — أن يحرص فقهاء علم الأصول على أن تنعكس آثاره فيما يقدمون لنا من ضوابط وموازين ، فالقاعدة مثلا التى تخبر بأن تتغير الأحكام بتغير الزمان والمكان تصلح لان تطبق على أحكام المعاملات ، لكن هل يمكن أن نقول إن أحكام العبادات يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان ؟ إن القاعدة التعبدية تأبيدية ولايتحرر المسلم منها إلا فى حالة الضرورة القصوى فحسب « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » (البقرة / ١٧٣) ، كذلك المبدأ العام الذى يقنع به الاصوليون وهو عدم جواز الاجتهاد أمام النص ، أن هذا المبدأ يجوز — على وجه عام — أن يطبق على أحكام العبادات ، لكن هل يجوز أن يطبق على أحكام المعاملات ؟ يجيب علماء الأصول على هذا التساؤل بقولهم انه لا اجتهاد أمام النص إذا كان قطعى الثبوت وقطعى الدلالة . والسؤال هو أى النصوص قطعى الدلالة ؟ وفى قول

آخر هل اجمع الفقهاء على أن هناك فى أحكام المعاملات ـــ وأكرر مرة أخرى أننى ابحث السؤال فى نطاق أحكام المعاملات ـــ نصا هو قطعى الدلالة ؟ أم أن توقع النص قطعى الدلالة هو توقع نظرى بحت لاواقع له . يختار جمهور علماء الأصول النص الخاص بقطع يد السارق مثلا على النص قطعى الدلالة وينسون أن عمر بن الخطاب لم ير فى النص مارأوه هم فقد أوقف العمل به فى عام المجاعة بمقولة إن السارق لعله سرق للحاجة وليس للجرم وإذن فهناك شبهة تحوم حول الجرم والحدود تدرأ بالشبهات . إننى لاأريد أن اناقش منطق عمر أو أن أجادل فيه فالذى يهمنى هنا هو أن قول علماء الأصول كان يمنع على عمر أن يجتهد أمام نص قطع يد السارق لأنه قطعى الدلالة ولكن عمر اجتهد وماكان عمر ليجتهد فى نص يراه قطعى الدلالة لأن الاجتهاد فى هذا الفرض يكون تعديلا للنص وهذا مالا يملكه مسلم أيا كانت مكانته فى الإسلام . كذلك فعل عمر بالنسبة لسهم المؤلفة قلوبهم فحكمه فى القرآن نص ـــ على قول علماء الأصول ـــ قطعى الدلالة ولكن عمر اجتهد فيه ورأى أن انتشار الإسلام واشتداد ساعده يسقط الحكمة من وراء الابقاء على ذلك السهم .

لقد سبق اجتهاد عمر قيام علم الأصول ولذا فإنى أناقش فكرة النص قطعى الدلالة على هدى مما يقول به علماء الأصول من أفكار حيال دلالة النص ثبوتا لما أقول لأن القول بغير ماأقول وتأكيد أن الاجتهاد ممنوع بداءة إذا وجد النص قول يتفق مع الظاهرية الذين يتبعون ظاهر النص دون بحث أو تحر .

. يقول علماء الأصول إن النص قد يكون عاما وقد يكون خاصا .

والنص العام قد يكون عاما بصيغته ومعناه فكلمة الرجال عامة فى صيغتها وعامة فى معناها وقد يكون عاما بمعناه دون صيغته مثل لفظة فرد فهى عامة فى معناها لانها وضعت للجميع وليست عامة فى صيغتها .

ويقسم الغزالى مدارس الأصول ـــ فى دلالة النص العام ـــ إلى ثلاثة مذاهب :

١ ـــ مذهب أرباب الخصوص ، ويرى أصحابه ـــ ومنهم الحنفيه ـــ أن يؤخذ فى الفاظ العموم بأقل ماتدل عليه لانها موضوعة لاقل الجمع ، إلا إذا قام دليل على العموم فلفظة «الفقهاء» مثلا تدل على أقل الجمع وهم ثلاثة ـــ لأن هذا هو القدر المتيقن .

٢ ـــ مذهب الواقفية ، ويذهب فقهاؤه إلى أن لفظ العموم لم يوضع لعموم ولا لخصوص ولذا فإن استغراق اللفظ لجميع مايمكن أن يتناوله أو اقتصاره على بعض مايتناوله لا يتحدد إلا بما يرجحه من قرائن ولذلك يكتفون بدلالة الضرورة ويتوقفون عندها إلى أن تتوفر دلالة القرينة .

٣ ـــ مذهب أرباب العموم ، ويقول علماؤه إن العام يحمل على مقتضى العموم والاستغراق حتى يقوم الدليل على غير ذلك فلو قال رجل لآخر احضر كتبى فإن اللفظ يعنى كل ماللطالب من كتب ولا يقال إنه بأقل الجمع ـــ أي ثلاثة كتب .

وينتقد البعض ومن بينهم الغزالى المذهبين الأول والثانى على اساس أن العام ـــ فى اية لغة ـــ يدل على الاستغراق وتبعا فإن المذهب الاكثر قبولا عندهم هو المذهب الثالث : مذهب أرباب العموم ولكن انصار المذهب الثالث انقسموا على انفسهم فيما يتعلق بقوة دلالة العام فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن العام ظنى الدلالة أى لا يوجب الحكم قطعيا ، ويذهب الأحناف وحجتهم فى ذلك أن دلالة العام من قبيل دلالة الظاهر الذى لا ينفى الاحتمال ـــ وذهب بعض الشافعية مثل الشاطبى ـــ إلى أن العام قطعى الدلالة ، ومنطق رأيهم أن اللفظ إذا وضع لمعنى كان ذلك المعنى عند اطلاقه واجبا أى لازما معنى العموم . أما الاحتمال فارادة تتعلق بنية المتكلم وحده فهى غيب والغيب لا اعتبار له .

إن الخلاف السابق حول دلالة العموم له معقبات خطيرة فى تفسير أحكام المعاملات والمثل يبين ماأقول . جاء فى الحديث الشريف أن ماسقته السماء فيه العشر . وجاء فى حديث آخر أنه ليس فيما دون خمسة أوسق (والوسق كمية

معينة من وزن أو كيل) . وتاريخ الحديثين غير محدود ولايعرف أيهما سبق الآخر فإذا سايرنا رأى القائلين بأن العام ظنى الدلالة طبقنا الحديث الثانى لانه خاص ولا نعمل بالحديث الأول أما إذا قلنا إن العام قطعى الدلالة طبقنا الحديثين وكان الحديث الثانى مخصصا للحديث الأول .

أما إذا كان النص خاصا فإنه يمكن أن ينصرف إلى أى من معانيه حقيقة وعينا إذا تعين فى ذلك المعنى فاذا بقى على اجماله لايعمل به . ولكنهم اختلفوا فى كيفية تعيين معناه وانقسموا فى ذلك إلى مذهبين :

١ ـــ مذهب الواقعية ، ويرى اصحابه أن الخاص قد وضع لمعان مختلفة فان كان أمرا فهو قد يعنى الوجوب أو الندب أو الاباحة وإن كان نهيا فهو يحتمل التحريم والكراهية فهو إذن مجمل والمجمل يتوقف العمل به حتى يقوم عليه دليل .

٢ ـــ مذهب أرباب الخصوص ، يذهبون إلى مايذهب به الواقعية ولكنهم يضيقون المعيار الذى يتعين به معنى الخاص حقيقة وفى ذلك تتعدد اراؤهم فبعضهم يرى أن الامر الخاص حقيقة فى الاباحة وأخرون يرون أنه حقيقة فى الندب وفريق ثالث يقول انه حقيقة فى الوجوب ، أما النهى الخاص فالبعض من أرباب الخصوص يرون أنه حقيقة فى التحريم مجيز فيما سواه .

والجمهور على أن مدلول الأمر هو الوجوب ومدلول النهى هو التحريم ، أليس منطقا أن يجد الباحث نفسه وازاء هذا التعدد فى الآراء فى متاهة وأن يتساءل متى يمكن للمجتهد ـــ عن اطمئنان ـــ ان يعتبر ان النص قطعى الدلالة وبعبارة أخرى ماهو المعيار السليم الذى يمكن أن نستهديه لوصف النص بانه قطعى الدلالة ؟ جلى مما سلف أن علماء الأصول يختلفون اختلافا بينا فى الاجابة على هذا السؤال وأنهم لم يتفقوا على معيار بذاته ليكون ضابطا للمجتهد فى فهمه للنص . إن قطعية الدلالة صفة من صفات الفقه ولذا فإن تقريرها اما أن يستند إلى مذهب من المذاهب ـــ أى إلى مدرسة من مدارس الاجتهاد ـــ

وهنا يمكن أن يعارض المذهب بمذهب آخر ، واما أن يتحرر المجتهد من آراء المدارس وعندئذ يمارس هو اجتهاده الخاص . وهكذا فإن القول عندى انه مامن نص فى المعاملات إلا ويخضع لاجتهاد المجتهد وأن هذا الاجتهاد لابد منه بداءة لتقرير ماإذا كان النص قطعى الدلالة ، فلا اجتهاد أمام حكمه أم انه ليس بقطعى الدلالة وعندئذ يعمل على تحديد دلالته . وفى قول آخر لابد من الاجتهاد أولا لوقف الاجتهاد آخرا . ومن ثم فان القاعدة « لااجتهاد مع النص » تحتاج فى باب المعاملات إلى اعادة نظر لتحديد المقصود منها .

فلا غرو اذن أن قلت إن بقاء علم أصول الفقه ــ منذ مولده ــ على حاله ودون مراجعة وتطوير أمر يدعو إلى التعليق الناقد.ولعل الله يقيض له من بين علمائه من يشمر عن ساعد الجد عساه يهيئه لمواكبة الافكار المعاصرة على نحو ما فإن فى ذلك خيرا كثيرا لأن ماخلفه لنا السابقون فيه تراث مجيد وجهد حميد .

قد يقال إن القاعدة التى تمنع الاجتهاد امام النص قاعدة يقصد بها ترتيب الادلة فهى تعطى العلوية للنص قطعى الدلالة على الاجتهاد وهذا قول اتفق معه فى جانب واخالفه فى جانب . فإنى اتفق معه فى أن العلوية للنص قطعى الدلالة إذ لا جدل فى انه ليس للمجتهد أن يغير من حكم قطعى الدلالة ولكنى أخالفه فى انه مامن نص يمكن بداءة ذى بدء ودون إعمال فكر أن يعتبر قطعى الدلالة لأن وصف النص بأنه قطعى الدلالة لا يستند إلى نص فى القرآن أو الحديث يضفى القطعية على النص وإنما يستند إلى مدى فهم المجتهد للنص ، وقد يرى البعض أن نصا ما قطعى الدلالة ويراه البعض الآخر غير ذلك .

ولعل القائلين بانه لا اجتهاد مع النص قد قصدوا أن الحكم لايعتبر نصا إلا إذا ثبت أنه قطعى الدلالة ، فإن صح ذلك فإن القاعدة تفقد معناها ويذهب مدلولها لأن اباحة الاجتهاد أمام نص قطعى الدلالة يعنى منح سلطة التفسير التشريعى للمجتهد وهذا ماترفضه النظرية الإسلامية جملة وتفصيلا حيث أن مصادر الشريعة الإسلامية تحددت بوفاة الرسول ﷺ .

ومن ثم فإن القاعدة الأصولية التى تقضى بأنه لا اجتهاد مع النص تعنى فى الحقيقة انه لا اجتهاد مع النص إذا ثبت ـــ عن طريق الاجتهاد الأول ـــ انه نص قطعى الدلالة . وكما قدمت فإن المجال الحقيقى لتطبيق هذه القاعدة هى النصوص فى العبادات أما النصوص فى المعاملات فإنى ـــ فيما قرأت ـــ لم أتبين من بينها نصا يعتبر قطعى الدلالة . وتلك مرونة شاءت حكمة العلى القدير أن توفرها فى أحكام المعاملات حتى تتحقق رحمة المولى برفع الحرج عن عباده وعدم اغلاق الباب دون تطوير الأحكام بما يجارى حاجات الناس وضرورات العباد على مدى العصور والأيام .



المبحث الثالث
في
طرائق الاستنباط (التفسير)

تمهيد :

يطيب لى بادىء ذى بدء أن أنبه هنا إلى أننى أعالج هذا الفصل على نحو قد يتعارض مع الطريقة التقليدية لعلماء الأصول واستخدم بعض المصطلحات فى مفهوم قد يخالف ماسار عليه الجمهور. ولى عذرى فى ذلك فقد أسلفت أن النظرة المعاصرة تتطلب اعادة النظر فيما قال به الأوائل لتهيئة الدراسة لما تقتضيه المسائل .

يعالج علماء الأصول الدراسة التى أقدمها فى هذا الفصل تحت عنوان « مصادر الفقه العقلية » وهم يقصدون الحدود التى رسمها علم الأصول والقواعدالتى وضعها كى يتحرك فى اطارها العقل وهو يستنبط الأحكام من مصادرها الأصلية وتتغيا هذه الحدود والقواعد عقل المجتهدين عن أن يزيغ معه الفكر أو ينحرف به الذهن فيتنكب سبل العدالة أو يستسيغ الظلم أو يستقل بالتشريع .

إن هذا المعنى وذلك المقصد لايخرج فى تقديرى عن أن يكون وضعا لطرائق التفسير التى تضبط اجتهاد المجتهد وهو يستنبط الحكم الشرعى من مصدريه القرآن والسنة ومن ثم فهى ليست مصادر للحكم ولا هى دليل عليه لأن المصدر هو القرآن والسنة والدليل هو الاجتهاد أما هذه الأصول والقواعد فهى الضمان لكى لايشط المجتهد فى فهمه ولا يحيد المستنبط عن طريقه ولذا عزفت عن المسمى الجارى لدى علماء الأصول .

ويبدو أن من علماء الأصول من يفرق بين الاجتهاد والاستنباط ويعتبر أن الاستنباط هو التعرف على الحكم إذا لم تثبت هذه العلة بالنص أو بالاجماع . والحق أن التعرف على العلة هى مهمة القياس والقياس فى تقديرى ضابط من ضوابط الاستنباط وليس هو كل الاستنباط فقد قدمت أن القرآن الكريم استخدم لفظة الاستنباط فى معنى « الاجتهاد » (لعلمه الذين يستنبطونه منهم) (النساء/٨٣) وأوضح عند الكلام على القياس طرائق البحث عن العلة .

وقد اخترت من طرائق الاستنباط أو ضوابط التفسير أكثرها تداولا بين الفقهاء ، وأعرض لها بايجاز شديد من خلال المنظور الذى أطل منه هنا على تلك القواعد والضوابط تاركا التفصيل لكتب علم الأصول لأننى وعدت بألا أسير على النمط الشائع وهو أن تغلب دراسة فقه الأصول على معالجة مايجب أن نتغياه للمشكلة من حلول . والطرائق التى أعالجها هنا هى : القياس والاستحسان والمصالح المرسلة (الاستصلاح) والذرائع والاستصحاب .

الفرع الأول
فى
القيـــاس

تعريف وتحديد :

اختلف الأصوليون فى تعريف القياس عبارة وإن تقاربوا معنى . وقد عرفه البعض بأنه « تسوية واقعة لم يدل على حكمها نص بواقعة يدل على حكمها نص فى الحكم الذى دل عليه النص لتساوى الواقعتين فى علته » (عبد الوهاب خلاف ـــ مصادر التشريع الإسلامى ـــ المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٥٢) . وأوضح آخرون فقالوا إنه « عبارة عن الحاق واقعة لم ينص على حكمها بواقعة نص على حكمها الكتاب أو السنة (أو الاجماع) لاشتراكها فى علة الحكم » (نظام الدين عبد الحميد ـــ مفهوم الفقه الإسلامى ـــ مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٤ ص ١٧١) . ونظرة الفقه التقليدى إلى القياس هو أنه مصدر من مصادر الفقه الإسلامى وتأتى رتبته بعد رتبة الاجماع ، وهو وجه من أوجه الاجتهاد بالرأى الذى هو عبارة عن بذل المجتهد جهده بغية الوقوف على حكم مسألة شرعية ليس فيها نص فى ضوء القواعد الأصولية التى سنها الشارع لاستنباط الأحكام إذ الاجتهاد بالرأى يشمل القياس وغير القياس من المصادر الفعلية وإن كان فى فترة من الفترات استعمل بمعنى القياس فقط .

والمقصود بالرأى هنا هو الرأى الصادر عن التفكير المبنى على قواعد الشريعة الهادف إلى الوصول إلى وجه الصواب فى مسألة لا حكم فيها للشريعة ، لا الرأى الباطل المبنى على الهزل أو المخالف لدليل من الأدلة الشرعية . وأما ماجرى على لسان قسم من الصحابة والفقهاء من ذم للرأى فهو ماكان من النمط الثانى لا الذى هو من النمط الأول الذى عبر عنه ابن القيم بأنه مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه

الامارات (نظام الدين عبد الحميد ــ المرجع السابق ، ص ١٧٢ ــ ١٧٣) وهذا التصور للقياس هو ــ كما أوضحت آنفا ــ إرهاق للأفكار وتعمية لما بين المفاهيم المختلفة من فوارق ولذا فإنى أسوقه مكتفيا فى نقده بتناقض بعضه مع البعض الآخر ، فضلا على أنه يرتفع بالاجماع إلى مستوى المصدر الأصلى وهذا مابح صوتى فى نقضه .

ويقوم القياس على أركان أربعة هى :

١ ــ الأصل ، وهو المقيس عليه ويشترط فى المقيس عليه أن يكون ثابتا بالكتاب أو الحديث لأنهما هما المصدران الشرعيان فلا يكون الحكم شرعيا إلا اذا قيس على نص فى أيهما من حيث أن القياس يتم على الأصل لا على الفرع .

وأن تكون له علة يدركها العقل فالعقل مثلا لا يدرك الحكمة فى بعض العبادات ولذا نهى لا تصلح أن تكون مقيسا عليه .

وألا يكون مختصا بالأصل فقط وألا تكون علته قاصرة عليه دون غيره من الأحكام . واختلف الفقهاء حول طبيعة الحكم المقيس عليه فاشترط البعض أن يكون الحكم متفقا عليه وأجاز البعض القياس على حكم مختلف عليه .

٢ ــ الفرع ، وهو المقيس الذى يحمل على المقيس عليه لخلوه عن الحكم ويشترط فيه أن يكون مساويا للأصل فى علة الحكم ذاتها أو جنسها ــ وأن يكون حكما من حكم يدل عليه نص وأن يتأخر تشريع حكمه عن حكم الأصل فلا يترتب على القياس تقدم الفرع على أصله .

٣ ــ أن تكون له علة متعدية غير قاصرة عليه وحده . وأهم شروط العلة :

(أ) أن تكون وصفا ظاهرا يمكن التعرف على وجوده فى المقيس والمقاس عليه .

(ب) منضبطة لا تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال .

(ج) متعدية تتحقق فى الفرع كما تتحقق فى الأصل .

(د) لم يلغ الشارع اعتبارها

(هـ) مناسبة لتشريع الحكم اى أن يكون ربط الحكم بذلك الوصف جالبا لمنفعة .

مسالك العلة :

يستدل المجتهد على علة الحكم عن طريق أحد المسالك الآتية :

(أ) النص ، ودلالة النص قد تكون صريحة وقد تكون على وجه يحتمل التعليل احتمالا راجحا . ويختلف الفقهاء حول مفهوم اشارة النص فالبعض يعتبره دلالة مستقلة عن النص والبعض يجعله مسلكا مستقلا عن مسالك العلة وفريق ثالث يجعله ضمن دلالة النص ويعتبره فرعا من فروعه.. وأيا كان الخلاف فإن جوهر القضية هى دلالة النص على العلة . ويلحق الفقهاء ـــ وأنا ارفض هذا الالحاق ـــ يلحقون الاجماع بالنص فى التعرف على العلة .

(ب) السبر والتقسيم ، والسبر هو اختيار المجتهد للصفات ليختار مايصلح منها علة للحكم أما التقسيم فهو استعراض الأوصاف التى يرى المجتهد أنها تصلح ابتداء علة للحكم بقصد استبعاد مالايصلح للعلة واستبقاء الوصف الذى تتوفر فيه كافة شروط العلية.وبدهى أن الفقهاء قد تختلف انظارهم عند السبر والتقسيم فى علة حكم من الأحكام .

(ج) المناسبة وهى عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم عليه حصول مايصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم سواء أكان الحكم نفيا أم ثابتا وسواء أكان ذلك المقصود جلب مصلحة أم دفع مفسدة وهى تدعى بالمصلحة والاستقلال ورعاية المقاصد كما تدعى بالاحالة بمعنى الظن لأن المجتهد ظن بعد التدبر أن وضعا من الأوصاف هو علة الحكم التى يبحث عنها .

ويلحق البعض المناسبة ضمن إطار السبر والتقسيم ويجعلها البعض مسلكا مستقلا واعتد به سواء اعتبرها الشارع بنص أن لم يعتبرها واشترط البعض لاعتبارها سلكا أن يعتبرها الشارع بنص .

ويقسم بعض الأصوليين الأوصاف المناسبة من حيث اعتداد الشارع بها أو عدم اعتداده إلى ثلاثة أقسام :

(١) المناسب المؤثر ، وهو أعلى انواع المناسب لأنه هو الوصف الذى اعتبره الشارع بعينه علة لعين الحكم الذى شرعه سواء ورد اعتبار علته صراحة أم اشارة .

(٢) المناسب الملائم وهو الوصف الذى لم يقم دليل من النص على اعتباره علة لعين الحكم ، وإنما قام الدليل على اعتبار عينه علة لجنس الحكم أو اعتبار جنسه لعين الحكم أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم .

(٣) المناسب الملغى ، وهو الوصف الذى يبدو لأول وهلة أنه صالح لبناء الحكم عليه ولكن يتضح بعد التدقيق أن الشارع ألغى الاعتداد ولا يبنى حكم عليه .

(٤) المناسب المرسل ، وهو الوصف الذى يتضح للمجتهد أن بناء الحكم عليه يحقق المصلحة دون أن يجد من الشارع مايدل على الغائه اياه أو الاعتبار به فهو مناسب لأن بناء الحكم عليه يحقق مصلحة وهو مرسل لخلوه من دليل شرعى يؤيده أو ينفيه ، ولذا يسميه المتكلمون المرسل الملائم ويسميه المالكية المصالح المرسله ويطلق عليه الغزالى الاستصلاح . وهذا ماأزيده وضوحا بعد قليل .

مناط العلة :

يستعمل علماء الأصول-فى مناط العلة-عدة مصطلحات أوجز معناها فيلما يلى :

١ ــ تنقيح المناط ، وهو الاجتهاد لتعيين العلة فى النص ، وتحديدها من بين أوصاف عدة لا يصلح منها سوى وصف واحد علة للحكم . ويختلف تنقيح المناط عن السبر والتقسيم فى أن السبر والتقسيم يجريان فى نص غير مشتمل على العلة ويراد بهما الوصول إلى العلة لا إلى تخليصها وتهذيبها من غيرها شأن الحال فى تنقيح المناط .

٢ ــ تحقيق المناط وهو الاجتهاد لاستنباط علة حكم جاء به نص عن طريق السبر والتقسيم .

٣ ــ تحقيق المناط ، وهو الاجتهاد لتحقيق علة الحكم الثابتة بالنص أو بأى مسلك آخر فى واقعة وسحبها إلى واقعة اخرى واعطائها الحكم ذاتها للعلة ذاتها .

أنواع القياس :

أ ــ من جهة الحكم : ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) القياس الأولى ، وهو ماكانت علة الفرع فيه أقوى من علة الأصل لذا يثبت حكم الفرع من باب أولى .

(٢) القياس المساوى ، وهو ماستوت فيه علة الحكم فى كل من الأصل والفرع دون أن يرجح أحدهما على الاخر .

(٣) القياس الادنى ، وهو مايكون تحقيق العلة فى الفرع ادنى من تحققه فى الأصل .

ب ــ بحسب الدرجة والقوة : ينقسم قسمين :

(١) القياس الجلى ، وهو ماقطع فيه بانعدام الفارق بين الأصل والفرع وهذا يشمل القياس الأولى والقياس المساوى .

(٢) القياس الخفى ، وهو مالم يقطع فيه بنص يبقى تأثير الفارق بين الأصل والفرع ، وهذا يشمل القياس الأدنى ويعتبره الحنفية لونا من ألوان الاستحسان .

حجية القياس :

لم يتفق علماء الأصول على حجية القياس فالبعض يثبت حجية والبعض ينفى عنه تلك الحجية .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

أ ـ أدلة مثبتى القياس :

(١) آيات القرآن الكريم التى قاس فيها المولى حالا على حال كقياس من لا ينتفع بما حمل من علم على حال حمار يحمل اسفارا .

(٢) قياس الرسول ﷺ وضعا على وضع آخر لاثبات حكم ما كقياس اتيان الزوجة فى حلال على مايترتب على وضع الشهوة فى الحرام من وزر .

(٣) ماصدر عن الصحابة من قياس فى بعض الأحكام كقياس على بن أبى طالب الاجتماع على القتل على الاجتماع على السرقة .

(٤) الغاية من تشريع الأحكام هى مصالح العباد وهى تتشعب وتتنوع والفطرة السليمة تحتكم إلى القياس . فإذا نهى المرء عن شراب معين لكونه ساما وقاتلا فإنه يقيس على ذلك النهى عن كل ماهو سام وقاتل .

ب ـ أدلة نقاط القياس :

(١) . دلالة القياس دلالة ظنية لاتفيد العلم وقد نهى الله عن اتباع مالا علم لنا به فى قوله عز وجل « ولاتقف ماليس لك به علم » (الاسراء / ٣٦) .

(٢) القياس تقدم بين يدى الله ورسوله وهذا محرم بقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا لاتقدموا بين يدى الله ورسوله » (الحجرات / ١) .

(٣) روى عن الرسول مايفيد أن الناس تضل إذاهى عملت بالقياس وأنه امرنا بعدم البحث عن اشياء سكت الله عنها رحمة بنا والقياس هو بحث عن حكم تلك الأشياء المسكوت عنها .

(٤) ماروي عن الصحابة كعمر وعلى وابن مسعود من آراء تفيد نفى القياس كقول على مثلا « لو كان الدين بالرأى لكان اسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه » .

ولاأريد أن اطيل الحديث بمناقشة حجج نقاد القياس فهى تقوم على فهم غير دقيق لبعض آيات القرآن وأحكام الحديث بل إنها تستند إلى أحاديث ضعيفة ، ولذا فإن منطق مثبتى القياس هو الأسلم والأولى بالاتباع .

الفرع الثانى
فى
الاستحسان

تحديد وتعريف :

الاستحسان لغة هو عد الشيء حسنا حسيا كان أو معنويا . وقد تعددت فيه التعريفات الفقهية ولكنها لاتخرج عن مفهوم عام وهو أن « الاستحسان عبارة عن العدول عن حكم شرعى فى واقعة إلى حكم آخر يقتضيه دليل شرعى بسند الاستحسان أو وجه الاستحسان ... العدول قد يكون بالعدول من قياس إلى قياس آخر ، وقد يكون بالعدول إلى الاستثناء من اصل كلى ، أو بتخصيص بعض افراد العام من عمومه لدليل داع للعدول » (نظام عبد الحميد ــ المرجع السابق ، ص ٤٠٦) .

حجية الاستحسان :

يستدل مثبتو الاستحسان على صحة رأيهم بقوله تعالى «واتبعوا أحسن ماأنزل اليكم من ربكم » (الزمر / ٥٥) . وقوله عز وجل « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » (الزمر / ١٧ ، ١٨) وقوله عز من قائل « وأمر قومك بأحسنها » (الاعراف / ١٤٤) . واستشهد بقول ابن مسعود « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » . ثم إن الاستحسان هنا ليس قولا بالهوى ولامداراة للتشهى وإنما يستند إلى دليل يوجبه .

ولكن هناك من ينفى الاستحسان من الفقهاء بدعوى أن الاستحسان نوع من التشريع وأن الاستحسان قول نهى عنه شرعا ولذا فانه لم يعرف من أهل العلم أنه دليل شرعى لأن القياس الذى يترك بالاستحسان لا يجوز طرحه إن كان ذا حجية وإذا كان باطلا فيجب تركه من الاساس ولعل الخلاف بين

الفريقين خلاف لفظى مرجعه أن كلا من الفريقين يفهم معنى الاستحسان على نحو يخالف مفهوم الفريق الآحر ، ولذا فإن الفريقين ينتهيان إلى حكم واحد فى المسألة ولكن الفريق المعارض يستند إلى أدلة أخرى غير الاستحسان .

أقسام الاستحسان :

وينقسم الاستحسان إلى اقسام :

١ ـ الاستحسان بالقياس الخفى ، أى العدول عن قياس جلى إلى قياس خفى لدقة علته . ومثاله أن سؤر سباع البهائم نجس وتبعا فإن القياس يقتضى الحكم بنجاسة سئر سباع الطير لانهما سواء فى تحريم أكل اللحم سباع البهائم وسباع الطير ولكن سؤر سباع الطير اعتبر طاهرا استحسانا قياسا على سؤر الادمى الذى لايؤكل لحمه .

٢ ـ الاستحسان بالنص ، اى ورود النص القاضى بحكم فى مسألة على خلاف الحكم الكلى الثابت لنظائرها فالقاعدة تقضى مثلا بابطال الوصية لانها تصرف نصا إلى مابعد الموت ولكنها جازت استحسانا بالنص لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » (النساء / ١١) .

٣ ـ الاستحسان بالمصلحة ، أى أن تستدعى المصلحة العدول عن حكم كلى فى مسألة من المسائل وسحب حكم اخر عليها يخالف ذلك الحكم . ومن أمثلته صحة وصية المحجور عليه مع أن الأصل هو عدم صحة تبرعاته لأن الوصية لاتعارض الغرض من الحجر وهو المحافظة على مال المحجور عليه فى حياته .

٤ ـ الاستحسان بالضرورة ، أى العدول عن حكم اصلى كلى فى مسألة إلى حكم يخالفه بدافع الحرج والضرورة كالحكم بصحة عقد البيع ولو اقترن بغبن يسير .

٥ ـ الاستحسان بالعرف ، اى جريان العرف على استثناء حكم مسألة من

قاعدة كلية . كالحكم بصحة وقف المنقولات مع أن المفروض فى الشيء الموقوف أن يكون ذا كيل دائم .

ويضيف الفقهاء صورة سادسة للاستحسان عن الاستحسان بالاجماع ويقصدون بذلك اتفاق أهل العلم على حكم فى مسألة بخلاف حكم القاعدة التى تنضوى تحتها تلك المسألة . والحق أن هذه الصورة تستند إلى مفهوم خاص يقول به مثبتو الاستحسان للاجماع . إذ كيف يكون هناك استحسان بالاجماع مع أن الأخذ بالاستحسان فى ذاته ليس محل اجماع الفقهاء فالشافعية والظاهرية وجمع من المتكلمين يذهبون إلى عدم حجية الاستحسان وعدم جواز بناء الاحكام عليه .

الفرع الثالث
في
المصالح المرسله (الاستصلاح)

تحديد وتعريف :

المصلحة بمعنى الصلاح والمنفعة وجمعها المصالح . والمصالح على ثلاثة أقسام :

أ ـــ مصلحة معتبرة ، وتشمل الوصف المناسب المؤثر ، اى الوصف الذى اعتبره المشرع بعينه علة لعين الحكم الذى شرعه سواء وراء اعتبار علته صراحة أم اشارة . فالقرآن يمنع البيع وقت النداء للجمعة حتى لا يحول دون السعى إلى صلاة الجمعة وإذن فكل مايدعو إلى تلك الحيلولة يرد عليه حكم المنع قياسا . والوصف المناسب الملائم وهو الوصف الذى لم يقم دليل من النص على اعتبار علة الحكم لعين الحكم وإنما قام الدليل على اعتبار عينه علة لجنس الحكم أو اعتبار جنسه علة لعين الحكم أو اعتبار جنسه علة لجنس الحكم مثال ذلك قياس الاخ الشقيق على الاخ فى ولاية النكاح على تقدمه فى الميراث للائمة وصف الشقيق لاثبات الحق فى ولاية النكاح .

ب ـــ مصلحة ملغاة : وهو الوصف الذى قد يبدو أنه يصلح لبناء الحكم عليه ولكن انعام النظر يكشف عن أن الشارع قد ألغى الاعتداد به ولذلك سقط عن الاعتبار ، وذلك كوصف القرابة التى يتساوى فيها الذكر والانثى بالنسبة للاب فانها لاتصلح علة لتساويهما فى الميراث .

ج ـــ مصلحة مرسلة ، وهى الوصف الذى يظهر للمجتهد انه مظنة أو دفع المضرة عند بناء الحكم عليه دون أن يجد من الشارع مايدل على الغائه أو الاعتبار به . والغزالى يطلق على المصالح المرسلة مسمى

« الاستصلاح » ويطلق عليها المتكلمون اسم « المناسب المرسل الملائم » ويسميها البعض استدلالا .

والمصلحة المرسلة باب من الابواب الواسعة دخل منه الفقهاء عبر العصور لبناء الكثير من الاحكام .

حجية المصالح المرسلة : .

بدهى أن مجال إعمال المصالح المرسلة هى المعاملات وليس العبّادات لان سبيل المصالح المرسلة هو التوقيف . ثم اننا لا نستطيع أن نلجأ إلى المصالح المرسلة فى أحكام المعاملات الثابتة بنص قطعى كمدة العدة من وفاة وطلاق . ويستند مثبتو المصالح المرسلة فى التدليل على أنها حجة شرعية فيما لانص فيه إلى مايلى :

(١) شرع الله الأحكام لتحقيق مصالح العباد ودفع الضرر عنهم .

(٢) صدق المصلحة المرسلة غالب فلا يجوز تقطيعها خشية الوقوع فى مفسدة يندر تحققها .

(٣) تتغير المصالح بتغير الزمان والمكان ولابد من إفساح المجال أمام المجتهد لاستنباط الأحكام لما يجد من القضايا وفق المصالح والاضافات الشرعية بمصالح العباد .

(٤) لم ينكر أحد الأحكام التى توصل إليها الفقهاء بناء على المصالح المرسلة .

بيد أن الامام الغزالى يريد الأخذ بالاستصلاح فى دائرة محدودة هى أن يكون ضرورة لحفظ الدين أو النفس أو النسل أو العقل أو المال وقاطعة فى جلب منفعة أو درء مفسدة ، وعامة تعود بالنفع لعامة المسلمين وليس لشخص أو جماعة .

وهناك من ينكر الاخذ بالمصالح المرسلة كلية — كالحنفية والشافعية — للاعتبارات التالية :

(١) إذا خلت المصلحة من مرجحات الاعتداد أو الرفض فلم لانرجح جانب الالغاء على جانب الإعمال .

(٢) قد يصل عن طريقها أهل الاهواء إلى مآربهم وابتداع مايحلو لهم من أحكام فضلا على أن هذا قد ينجم عنه اختلاف الاحكام بالنسبة للأمر الواحد باختلاف العقول والاهواء .

والحق أن المصلحة المرسلة واجهة لها جاذبيتها فى تطوير الأحكام ومسايرة متطلبات العصر والزمان والقاعدة العامة أن الله لم يجعل على الناس فى الدين من حرج . فلا غرو أن نجد من ينكرها لفظا ويتبعها واقعا ومن الأمثلة البارزة على ذلك ابو حنيفة وقد أخذ الحنفية بالاستحسان وجعلوا المعلم سندا من اسانيده فكيف ينكرون بعد ذلك الاحتجاج بالمصلحة المرسلة . ولذا يقول الزركشى « وقد اشتهر انفراد المالكية القول به ، وليس كذلك فإن العلماء فى جميع المذاهب بمطلق المناسبة ، ولا معنى للمناسبة إلا ذلك » (نقلا عن نظام الدين عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥) .

ثم إن هناك شروطا للعمل بالمصالح المرسلة تحول بين صاحب الهوى وبين أن يتخذ من المصلحة المرسلة مركبا يحقق بها أغراضايشترط أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع ولا تنافى أصلا من أصوله ، وأن تنسجم مع العقول السليمة ، وأن من المصالحالمتخففة وليست المتوهمة ، وأن تكون عامة لا خاصة ، وألا تتعارض مع مصلحة أخرى تكون أجدر منها بالاعتبار .

كما تختلف المصلحة المرسلة عن الاستحسان فى انها ليست عدولا عن حكم أمر اخر أو استثناء عن حكم أصل من الأصول وإنما يثبت حكمها ابتداء لجلب منفعة أو دفع مفسدة .

الفرع الرابع
في
الذرائع

تحديد وتعريف :

الذرائع جمع ذريعة والذريعة فى اللغة هى الوسيلة . والذرائع اصطلاحا بمعنى الوسائل المباحة المؤدية إلى المحرمات أو هى المسألة التى ظاهرها ألا يأخذ ويتوصل بها إلى الفعل المحظور فيكون سد الذرائع بمعنى التوسل بالمباح المفضى إلى ماهو ممنوع شرعا ولذا يحرم مثلا النظر إلى الأجنبية مع أن النظر مباح فى حد ذاته ، وذلك لأن النظر هنا قد يؤدى إلى اقتراف الفاحشة .

ويقابل سد الذرائع فتح الذرائع أى الأخذ بالوسائل المؤدية إلى مافيه المصلحة فما يؤدى إلى المحرمات يكون محرما ومايؤدى إلى الواجب يكون واجبا ومايؤدى إلى المباحات يكون مباحا . ومن ثم فإننا نجيز دفع المال للدولة محاربة اتقاء لشرها إذا لم يكن فى المسلمين قوة تمكنهم من دفع أذاها .

أقسام الذرائع :

والذرائع مباحة أصلا ولكنها قد نفضى إلى ماهو محرم على ثلاث فئات :

١ ـ ذرائع قد تؤدى إلى المفاسد كالنطق بكلمة حق عند حاكم جائر ، فهذه ذريعة تتاح شرعا .

٢ ـ ذرائع يغلب أن تؤدى إلى المفاسد كبيع العنب لصانع الخمر ، وهذه ذرائع محرمة .

٣ ـ ذرائع موضوعة للافضاء إلى مباح ولكنها تستعمل لغير ماوضعت له كالتزوج من امرأة بقصد تحليلها لزوجها السابق .

والذرائع من هذه الفئة مفاسدها راجحة لكنها ليست غالبة لذا اختلف الفقهاء فيها فمنهم من قال بسدها ومنهم من أمضاها .

حجية الذرائع :

يستدل مثبتو الذرائع بما يلى :

(١) بعض آيات القرآن الكريم مثل قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا لاتقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا » (البقرة / ١٠٤) فالله ينهى المؤمنين عن مناداة النبى بقولهم راعنا وهو بمعنى اسمع ماتريد أن نسألك لأن اليهود كانوا يلوون به ألسنتهم فيقولون « راعينا » وهى كلمة سب باللغة العبرانية .

(٢) بعض الأحاديث الشريفة مثل قوله ﷺ « من اكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه قيل » يارسول الله كيف يلعن الرجل والديه ، قال : يسب أبا الرجل فيسب أباه » . فجعل سب والدى الغير كسب والدى الساب .

(٣) لايتوصل إلى المقاصد إلا بأسبابها ولذا فإن وسيلة المقصود تابعة للمقصود فكلاهما مقصود ولهما حكم واحد غير أن المقصود مقصود الغاية والوسائل مقصودة قصد الوسائل فإذا حرم الله شيئا حرم وسائله وإذا اباحه أباح وسائله وإذا أوجبه اوجب وسائله .

(٤) ورد عن عائشة انها افتت ببطلان بيع باعه شخص ثم اشتراه من مشتريه بأقل مما بيع نقدا .

أما الذين ينفون الذرائع فيستندون إلى :

(١) تحريم الذرائع قائم على الظن والظن لايغنى من الحق شيئا ولذا فإن التحريم والتحليل لايكون إلا بالأدلة القطعية .

(٢) الألفاظ هى المناط فى الشرعية وعدم الشرعية لذا يلزم الاعتداد بظواهرها دون البواعث الباطنة والغايات الخفية التى لايعلمها إلا الله .

(٣) قول عائشة إن صح فهو اجتهاد آحاد وهذا لايكون حجة على الآخرين .

بيد أن الفقهاء يقرون الأخذ بالذرائع لاسيما المالكية والحنابلة ، والذين لايأخذون بالذرائع ينتهون إلى الحكم ذاته استنادا إلى ضوابط شرعية اخرى . ثم إن للمقاصد اعتبارها في الشرعية وللنوايا دلالتها لاسيما إذا اقترنت بما يشير إلى الغاية . وفي ذلك يقول الرسول ﷺ « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء مانوى » . ولذلك يقول القرافي « مالك لم ينفرد بذلك كل أحد يقول بها ولاخصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها ... فنحن قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا لا إنها خاصة بنا » (ارشاد الفحول للقرافي ٢٤٦ ، ٢٤٧) .

الفرع الخامس
فى
الاستصحاب

تحديد وتعريف :

الاستصحاب لغة يعنى المباشرة والملازمة ويعرفه الأصوليون بتعريفات تجتمع عند القول بأنه الحكم بثبوت امرأو نفيه فى الزمن الحاضر أو المستقبل بناء على ثبوته أو نفيه فى زمن سابق حتى يقوم الدليل على خلافه . فإذا تزوج رجل امرأة وادعى بثيوبتها بعد الدخول وانكرت المرأة ادعاءه كان القول قولها لأن الأصل فى المرأة البكارة .

والاستصحاب اخر مدار الفتوى فلا يعمل به إلا اذا لم يوجد دليل آخر من الكتاب والسنة .

أنواع الاستصحاب :

ينقسم الاستصحاب إلى اربع مجموعات :

١ ـــ استصحاب حكم الاباحة الأصلية ، اى أن الأصل فى الأشياء الجارية الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم . يقول الرسول ﷺ « ماأحل الله فهو حلال وماحرم فهو حرام وماسكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئا » .

٢ ـــ استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلى ، فالأصل عدم مشغولية ذمة الإنسان بحق لأحد الا إذا قام الدليل على العكس ولذا يقال بأن البينة على من ادعى .

٣ ـــ استصحاب مانهض الدليل على ثبوته فكل دليل دل الشرع أو العقل على قيامه حكم باستمراره مالم ينهض دليل على تغير حكمه فإذا كان

هناك عقد زواج حكم القاضي بقيام الزوجية واستمرارها إلى أن يقوم دليل على الفرقة .

٤ ــ ويضيف الفقهاء قسما رابعا هو استصحاب حكم الإجماع فى محل النزاع والطريف أن الفقهاء والقائلين بالاستصحاب قد اختلفوا فى حكم المسألة إذا تغيرت تلك الصفة فمنهم من قال ببقاء الحكم على ماهو عليه . مثال ذلك المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة اذ يرى البعض صحة صلاته ويرى اخرون بطلان صلاته برؤية الماء ويلزمه الوضوء واستئناف الصلاة .

حجية الاستصحاب :

يستند مثبتو الاستصحاب على أن ماثبت باليقين لايزول إلا باليقين فمن توضأ للصلاة ثم شك فى نقض وضوئه يصلى بوضوئه ماشاء أن يصلى فالحكم متى ثبت شرعا فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية .

أما نقاد الاستصحاب فيذهبون إلى أنه لابد من دليل ينهض على بقاء الحكم على ماهو عليه لأن الدليل دليل على وجود الحكم وثبوته لا على استمراريته وبقائه ، ومن ثم فإن بقاء الحكم واستمراريته يحتاج إلى دليل آخر على ذلك .

وتوسط فريق فقال إن الاستصحاب حجة فى الدفع والنفى لافى الاثبات اى أن الحال الثابته بالاستصحاب تدفع مايخالفها ولكنها لاتثبت حكما جديدا الا إذا قام دليل على ذلك . فإذا اشترى شخص عقارا وادعى آخر أحقيته بالشفعة فإن هذا الفريق لايرى له هذا الحق لانهم لايرون أن استمرار وضع اليد دليل قاطع على الملكية وقت البيع ولابد لاثبات ذلك من دليل .

والرأى عندى يتفق مع من يرجحون القول بحجية الاستصحاب لان مادل الشرع أو العقل على ثبوته يبقى على ثبوته بحكم الشرع أو العقل وانتفاؤه لايتم إلا على اساسها . ثم ان الاستصحاب بذاته ليس دليلا على الحكم وإنما الدليل هو مايثبت الحكم السابق .

فرع ملحق
في
الحيل في الفقه الإسلامي

« الحيل » مصطلح يعرفه أكثر من نوع من فروع المعرفة :

فهو في العلوم العسكرية يعني المكان ، وأول كتاب اسلامي ألف في الحيل بهذا المفهوم كان كتاب الحيل للجزري الشعراني وقد رفعه مؤلفه إلى الخليفة المأمون . وهناك عدة كتب اخرى تعالج الحيل من الزاوية الحربية لعل أكثرها شهرة — بين القدامى — « التذكرة المروية في الحيل العربية » لعلي بن ابي بكر الحروي ، وكتاب الحيل في الحروب وفتح المدائن وحفظ الدروب وهو كتاب مسلم غير معروف ، وإن نسب احيانا إلى الاسكندر المقدوني . وتستند مشروعية تلك الحيل إلى قول الرسول ﷺ « الحرب خدعة » .

كذلك عرف علم الميكانيكا عند المسلمين باسم « علم الحيل » لكثرة ماتحتويه مفاهيمه الهندسية من حيل علمية . ومن أهم الكتب التي الفت في هذا الباب من الدراسة كتاب الحيل لموسى بن شاكر وكتاب في معرفة الحيل الهندسية لابن الرزاز الجزاري .

والحيل — في الدراسات الجنائية — هي حيل الشحاذين والنصابين — والمؤلفات في هذه الأمور قليلة أذكر منها كتاب المختار في كشف الأسرار للجاحظ فقد روى الكثير من تلك الحيل .

ولكن الحيل التي تستهم دراستنا هي الحيل الفقهية أي الحلول الذكية التي يستعان بها لتحقيق غايات يصعب تحقيقها إذا اتبعنا الحلول المباشرة التي تزودنا بها الشريعة الغراء . ولذا فقد ارتأت زمرة من الفقهاء أن المخرج من هذا الحرج

لايتأتى إلا بالخروج على تلك الحلول المباشرة بغية تحقيق النتيجة المرجوة . والمثل يوضح ماأقول : تحرم آيات القرآن الفائدة الربوية تحريما قاطعا فلامجال صراحة أو مباشرة ولكن هناك فى الوقت ذاته حالات خاصة تمس فيها الحاجة للتعامل بالفائدة فى المعاملات التجارية . ولذا فقد تحايل نفر من الفقهاء لاشباع تلك الحالات دون الخروج على النصوص وتذرعوا لذلك بعدة حيل أشهرها هى قاعدة « بيعة ببيعة » ومن صيغ تلك القاعدة — على سبيل البيان — أن يقوم المدين المنتظر ببيع سلعة نقدا إلى الدائن المنتظر بسعر معين ثم يقوم الدائن المنتظر مباشرة ببيع السلعة ذاتها إلى المدين المنتظر بسعر أعلى ولكنه مؤجل . فهنا نحن أمام عقدى بيع صحيحين يعقدان طبقا للأحكام الشرعية ولكن الفرق بين السعرين يمثل الفائدة المطلوبة ، ولذا تسمى هذه الصفقة بالمخاطرة أو المعاملة ، وقد كثرت تلك العادة فى المدينة منذ وقت مبكر تتعاصر بداياته مع مالك .

ويمثل فقه الحيل هذا نظرة واقعية تريد أن تربط حاجة الناس العملية بأحكام الشريعة النظرية ، ذلك أنها تقوم على عدة صفقات كل منها شرعى فى ذاته ولكن تصل فى مجموعها إلى نتيجة غير التى قد نصل إليها لو أننا طبقنا الأحكام المباشرة فى النظرية الإسلامية . ولذا فقد غلب على الناس — عندما يلجأون للحيل — أن يبرموا كل صفقة من الصفقات المرتبطة فى وثيقة منفصلة . بيد أن هذا قد يسمح لاحد الأطراف بأن يستفيد من هذه الوثائق المتعددة على نحو يخالف ماأراد الطرفان التوصل إليه من جمعها ، ولذا جرت العادة على أن تودع الوثائق لدى شخص ثقة ومعها وثيقة غير رسمية توضح العلاقة المصلحية التى يستهدفها الطرفان من وراء تلك الوثائق مجتمعة وهى تقابل مانسميه اليوم بورقة الضد ، وعندئذ يحرص الوديع على عدم تمكين اى من الطرفين من تجاوز الغرض المشترك فيسلم كلا منهما الأوراق التى يحق له استخدامها فى مرحلة بعينها من العلاقات المتبادلة بحيث لايتمكن الاخر من فساد الصفقة .

كذلك قد تستخدم الحيل لتفادى الالتزامات التى يرتبط بها اصحابها تحت

القسم أو التي يتعهدون بها بارادة فردية اعتمادا على تسلسل وقائع معينة ولعل هذا الاتجاه يرتبط بموقف الفقه من تفسير الأحكام المتعلقة بهذه الأمور تفسيرا مضيقا أو نصيحة بعض الفقهاء بأن ينحو الناس منحى استخدام الألفاظ الغامضة التي تحتمل عدة تفسيرات . ويعتمد أصحاب هذا المذهب على قول لعمر أنه « في معرض الكلام لامندوحة عن الكذب » ، اى استخدام التعبيرات غير الواضحة بل إن هناك حديثا ينسب للرسول ﷺ بأن الكذب يحسب كذبا إلا في حالات ثلاث : إذا كذب المرء لاقامة السلم بين شخصين ، وإذا كذب لزوجته بعمل موعود وإذا كذب في الحرب (الكامل للمبرد) . وينقل عن الصحابي المشهور حذيفة بن اليمان قوله : ابتاع جزءا من ديني بالجزء الآخر مالم يختف كله .

ويبدو أن مدرسة الكوفة هي التي حملت لواء هذا الاتجاه ولذا كثرت مؤلفات اصحابها فيه مثل الاشباه والنظائر لابن تميم وكتاب الحيل والمخارج للخصاف ، والمبسوط للسرخسي ، وكذا تلقى تطبيقات لها في الفتاوى المغيرية وكتاب المخارج في الحيل للشيباني .

ويقف الفقه الإسلامي من الحيل موقفا تختلف درجاته ، فالحنفية — كما اسلفت — هم مبتدعو المدرك .

أما للشافعية ومن سبق من اتباعه فقد اعتبروا الحيل ممنوعة ولكن الكثرة من الشافعية ومن بينهم الفقيه الشافعي الكبير ابن حجر — أقرت صحتها ، ولعل حافزهم إلى ذلك هو مالقيته الحيل من نجاح في الواقع العملي .

أما مالك فقد رفضها رفضا باتا لاسيما ماأسماه ببيع العربان،ولكن المدرسة المالكية فرقت بين الحيل الجائزة والحيل الممنوعة وإن غلب عليها اقرار صحة الحيل ، ومن الذين أخذوا بهذه التفرقة محمود بن الحسن القزويني في كتاب له في الموضوع .

ويعارضها بعض الحنابلة ومنهم القاضي ابو يعلى في كتاب اسماه « كتاب ابطال الحيل » . ولابن تيمية دراسة خاصة « إقامة الدليل على ابطال

التحليل » . كذلك عارضها أهل الحديث وقد خصص البخارى كتابا من صحيحه لمحاربتها .

والحق أننى لأرى أن الفقهاء الذين أجازوا الحيل وعملوا بها قد قصدوا عمدا تحليل الحرام وإنما ابتغوا تيسير الشئون الحياتية ـــ لاسيما التجارية ـــ على الناس . والحيل بهذا المفهوم هى صورة خاصة من صور الأحكام التى تقتضيها الضرورة وتبعا فيجب عدم التوسع فيها والتحرز فى الفتوى بناء عليها . بيد أن البعض قد أساء استخدامها وترخص فى توسعة مجالاتها الأمر الذى كانت له معقباته على المحدثين من فقهاء المسلمين إذ مجوها وعزفت جمهرتهم عنها .

استطراد : علاقة الضرورة بضوابط الاستنباط :

الضرورة فعولة من الضرر ، وهى فى الأصل مصدر ضر « والضر هو سوء الحال الذى لانفع معه يساويه أو يُربى عليه فإن كان معه نفع يساويه أو يزيد عليه فلايسمى حينئذ ضرا ، ومن ثم فلا يطلق على تناول جرعات الأدوية المريرة مثلا ضرر لما تشمله من منفعة .

وهناك من فسر الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير ، وهو تفسير لوحظ فيه الفعل ، وهو مع ذلك تفسير يدخل تحت عموم سوء الحال . أما مايذكره الفقهاء من اشتراط بلوغ الضرورة حدا معينا . فهو اصطلاح فقهى محض » (جميل محمد بن مبارك ـــ نظرية الضرورة الشرعية ـــ حدودها وضوابطها ـــ المنصورة ،، ١٤٨/ ١٩٨٨ ، ص ٢١ ، ٢٣) .

وبدهى أن الشريعة وضعت لصالح الخلق ، بيد أن مواضع الضرورة مستثناة من الأحكام الأصلية مع تأيدها بالنصوص والقواعد الشرعية وذلك حفاظا على تلك المصالح . ولذا قدمت أن طرائق الاستنباط ـــ فيما عدا القياس ـــ تعتبر من قبل الطرائق أو الضوابط لاستنباط الأحكام التى تتعلق بحالات الضرورة ، وأوضح ذلك فى عجالة . فالمصالح المرسلة هى ضرورة لم ينص على عينها ولاتقاس على المنصوصة بالقياس الخاص . وتتجلى علاقة الضرورة هنا بالمصلحة المرسلة فى ثلاث نواح :

أ ــ أن من الأصوليين من يشترط للعمل بالمصلحة المرسلة أن تكون مصلحة تدعو إليها ضرورة ، فالضرورة هنا شرط والمصلحة مشروطة .

ب ــ أن الأصوليين يستنبطون للأحكام الخاصة بما لم ينص الشارع عليه عللا يجعلونها فى المسائل التى افتوا فيها بالضرورة .

ج ــ أن كل أمثلة المصالح المرسلة فيها تعارض بين مصلحتين وكل أمثلة الضرورة فيها تعارض بين مصلحيتن ــ ومثال ماقدمت فرض ضرائب على الناس إذا احتاج الإمام المسلم العادل إلى ذلك ، فهذا أمر لم تنص الشريعة على عينه ولكن الضرورة دعت إليه .

وتظهر العلاقة بين الضرورة والاستحسان فى أن كليهما مستثنى من مقتضى النص الأصلى فالضرورة استثناء مؤقت من النص والاستحسان استثناء من القاعدة القياسية العامة . والاستحسان لايصار إليه إلا إذا كان استعمال القياس يؤدى إلى فوات مصلحة أو جلب مفسدة ، كما أن الضروزة لايصار إليها إلا إذا كان تطبيق النص الأصلى يؤدى إلى فوات مصلحة أو جلب مضرة (ابن مبارك ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٦) .

وتتجلى أهمية العلاقة بين الضرورة وسد الذرائع فى الأمور التالية :

أ ــ الضرورة وسد الذرائع كلاهما يرتكز على المصلحة ، فالضرورة يأتى حكمها عندما تتعارض المصلحة الأصلية مع مفسدة تُربى عليها ، وسد الذرائع يأتى حكمه عندما ينتج عن تطبيق الحكم الأصلى مفسدة تُربى على مصلحة الحكم الشرعى .

ب ــ العمل بقاعدة سد الذرائع ليس عملا مخالفا للنص بل هو عمل بروح النص ، والضرورة أيضا لاتخالف النص .

ج ــ سد الذرائع والضرورة تجتمعان فى أصل من الأصول الشرعية الكبرى وهو اعتبار مآلات الأفعال ، والحق أنهما يشتركان فى هذا الأصل مع المصالح المرسلة والاستحسان . فالشارع ينظر دائما إلى مآل الفعل من

حيث مايؤدى إليه من مصالح أو مفاسد ، وينبغى للمجتهد أن يتبع طريقة الشارع فى النظر إلى مآل كل فعل . فإذا علم يقينا أو ظن ظنا قويا أن المصلحة التى من أجلها حكم الشرع بحكم معين لن تتحقق بل ربما أدى تطبيق الحكم إلى عكس المقصود منه فينبغى عليه أن يتوجه إلى نصوص أخرى يناسب تطبيقها المقام . (ابن مبارك ـــ المرجع السابق ، ص ٢٥٥ ـــ ٢٥٧) .

ولذا فإن اثبات العلاقة بين الضرورة وسد الذرائع يؤيد القول بالقياس على مجال الضرورات .

وعلاقة سد الذرائع بالضرورة تتضح فى ثلاثة وجوه :

أ ـــ تحريم المباح ، عندما رخص الشارع بأمر ولكنه لسبب من الأسباب يؤدى إلى مفسدة ، مثال منع عمر للزواج من الكتابيات ، وهذا محل خلاف بين الفقهاء .

ب ـــ أن ينص الشارع على تحريم الإقدام على أمر وتؤدى الضرورة إلى فعله وكان فعله يسد الذريعة إلى كثير من المفاسد أكثر من المفاسد الناتجة عن الإقدام عليه أو أن ينص الشارع على أمر سدا للذريعة فتؤدى الضرورة إلى فعله .

ج ـــ يجوز ترك الواجب بل يجب تركه سدا لذريعة الوقوع فى محرم ضرره أكبر من نفع فعل الواجب .

وللضرورة ضوابط أحب أن أذكرها حتى لا تكون ذريعة فى غير محلها أجمعها فيما يلى :

(١) أن تكون متفقة مع ضوابط الشارع .
(٢) أن تكون محققة لا متوهمة .
(٣) ألا تؤدى ازالتها إلى ضرورة أكبر منها .
(٤) ألا يترتب على إزالتها إلحاق مثلها بالغير .
(٥) أن تقدر بقدرها .

الباب الثانى
فى
العلاقات الدولية الإسلامية

الفصل الأول : فى أشخاص القانون الدولى

الفصل الثانى : فى المعاهدات

الفصل الثالث : فى نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسى) والنظام القنصلى

الفصل الرابع : فى المسئولية الدولية والاستخلاف الدولى

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله أن الله شديد العقاب »

صدق الله العظيم
(المائدة / ٢)

الفصل الأول
فى
اشخاص القانون الدولى

المبحث الأول
فى
الشخصية القانونية

الشخصية القانونية فى النظرية المعاصرة :

يختلف شخص القانون فى القانون الدولى المعاصر عنه فى القانون الداخلى ذلك أن شخص القانون فى القانون الدولى يجب أن يجمع صفتين :

أ ـ الاهلية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات .

ب ـ القدرة ، أى الارادة الشارعة لوضع أحكام القانون الدولى

أما شخص القانون الداخلى فهو من توافرت فيه الاهلية دون القدرة . ولذا فإن هناك حالة وسطا فى القانون الدولى ولامقابل لها فى القانون الداخلى تلك هى الوحدة التى تملك الأهلية ولاتملك القدرة . إن مثل هذا الفرض يترتب عليه ـ فى رأيى ـ قيام ذاتية دولية وليست شخصية دولية . والشخصية القانونية قد تكون شخصية معنوية وقد تكون شخصية طبيعية . ونظرا لأن الشخص النموذجى فى القانون الدولى هى الدولة ـ وهى شخص معنوى ـ فإن الشخص المعنوى يعتبر هو الشخص النموذجى فى القانون الدولى على عكس القانون الداخلى فإن شخصه النموذجى هو الفرد أى الشخص الطبيعى . وقد دخلت الشخصية المعنوية رواق القانون الدولى من باب الدولة بيد أن الدولة لم تعد الآن هى شخص القانون الدولى الوحيد فقد دخلت نادى اشخاص القانون الدولى وحدات متعددة يتزايد عددها يوما بعد يوم إلى حد كسر

احتكار الدولة للشخصية القانونية الدولية . ومن الوحدات التى تثير الجدل فى مجال الشخصية القانونية الشركات متعددة الجنسية وبعض شركات الطيران الدولية وصور من الاستثمار المشترك بين الدولة والشركات الأجنبية العملاقة لاستثمار الثروات الطبيعية وحركات التحرير والأمة كوحدة لها ذاتيتها . وأغلب الظن عندى أن منطق النظرية الإسلامية لايلقى المعاناة ذاتها التى يلقاها منطق النظرية المعاصرة فى الاقرار لتلك الوحدات بالشخصية المعنوية فهو أكثر مرونة واوسع تقبلا للفكرة .

ولما كانت الشخصية القانونية المعنوية هى الأهم بالنسبة لنا فى هذه الدراسة فإنى اعكف عليها هنا بكلمة سريعة .

الشخصية المعنوية والنظرية الإسلامية :

إن الشخصية المعنوية ليست إلا حيلة قانونية أريد بها معالجة حالة طرأت ولم تكن فى الحسبان تلك هى قيام حقوق للجماعة . إن الفلسفة من وراء مدرك الشخصية المعنوية إنما تستهدف مواجهة مشكلة عرضت وحاجة استجدت عندما أريد وضع قواعد تخاطب المجموعات ذلك أن منطق القانون يقتضى أن يخاطب المكلف مباشرة بأحكام القانون الذى ينظم نشاطه وأن يخاطب على نحو يسمح له بأن يتفهم أحكام ذلك القانون ويدرك مقاصده . وهذا يتطلب فى المكلف أن يكون كائنا ذا عقل وارادة تلتزم وذلك وصف لاينطبق إلا على الفرد بما له من كيان طبيعى وقدرة واقعية أما الجماعات من حيث هى جماعات فلا تتوافر فيها تلك المواصفات . ومن ثم فقد رغب القانون فى تخطى هذه العقبة وتذليل تلك المشكلة فابتدع فكرة الشخصية المعنوية إذ افترض أن المجموعة التى يخاطبها إنما تنصهر فى بوتقة تلم افرادها ومن يكونونها فى كيان معنوى ـــ يقابل الكيان الطبيعى للفرد ـــ ولذلك اسمى هذا الكيان المعنوى بالشخص المعنوى . كذلك اعتبر القانون أن لهذا الكيان ارادة قادرة بالنسبة للأغراض التى يخاطبه من أجلها ومن هنا نقول إن ارادة الشخص المعنوى ارادة اعتبارية لأنها طبعا ليست بارادة حقيقية .

ومن ثم فإن ادماج المجموع فى كيان معنوى والاستغناء عن الارادة الحقيقية بارادة افتراضية هو الذى يفسر كيف قامت الشخصية المعنوية فى القانون . فليس عجبا إذن أن تكون فكرة الشخصية المعنوية هى ملاذ القانون ـــ أى قانون ـــ وحيلته إذا ماأراد مخاطبة مجموعة معينة لأغراض معينة .

فإذا وضعنا تلك الحقيقة فى الاعتبار ـــ نجد أن النظرية الإسلامية قد واجهت هذه المشكلة ايضا لأن فيها أحكاما تخاطب المجموع . واسوق أمثلة على ذلك :

يقول عز وجل فى كتابه الكريم : « ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف » (آل عمران / ١٩٤) وهذا خطاب إلى الأمة فى مجموعها وليس إلى فرد بذاته ، وهذا تبعا يفرض التزاما على الأمة فى كلها وليس التزاما على كل فرد من افرادها فحسب ، اى أن الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف ـــ وإن كانت مستحبة من كل فرد على حدة ـــ إلا أن الالتزام بها لايقع على الفرد وحده وإنما يقع على المجموع كذلك . وخطاب المجموع واضح كذلك فى قوله تعالى « وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (البقرة / ١٤٣) . فالخيرية نصا لاتتوافر بداهة فى كل فرد من افراد الآية الكريمة وإنما هى خيرية تغلب على الأمة فى مجموعها وتتسم بها فى تصورها الكلى المعنوى . وقد أناط الإسلام حق العبادة والريادة بهذه « الخيرية » التى تعتلى أسنام القيم والفضائل الموضوعية الإنسانية . ولعل تلك القضية هى التى دعت الفقهاء إلى الكلام عن الفرض العينى والفرض الكفائى . والفرض الكفائى هو الذى يسقط التكليف عن المجموع إذا قام به بعض هذا المجموع . وإن تصور مدرك فرض الكفاية إنما يجد منطقه فى فكرة الشخصية المعنوية لأن الفرض اصلا واقع على المجموع فكيف يغنى اداء البعض له عن البعض الآخر إلا اذا كان نشاط هذا البعض قد أدى بنيابة افتراضية عن الكل .

كذلك إذا قال الرسول ﷺ إن امته لاتجمع على ضلالة فهو يرتب آثارا

قانونية على اجماع الأمة وهو أن ماتراه الأمة الإسلامية على أنه حسن فهو عند الله حكم حسن . والأمة ليست كيانا ملموسا ولا تملك إرادة محسوسة فكيف ننسب إليها نشاطا قانونيا أو ارادة آثار قانونية إلا اذا تصورنا الأمة تصورا معنويا على أنها شخص قانونى ذو ارادة اعتبارية . كذلك عندما قرر الرسول ﷺ فى شأن الأمان أن المؤمنين يسعى ادناهم بذمتهم فانه — فيما اعتقد — لم يقصد أن المسلم عندما منح الامان يكون قد سعى بذمة كل فرد من أفراد الأمة على حدة وإنما قصد أن المسلم انما يسعى بالذمة الجماعية للأمة . ولما كانت الذمة عنصرا من عناصر الشخصية فإن الذمة الجماعية لاتكون إلا للشخص المعنوى .

ولاننسى أن الخطاب فى النظرية الإسلامية وإن صدر احيانا للفرد الا إنه خطاب من رب العالمين فلا ينفك منه المجموع كما لاينفك منه الفرد لأنه خطاب مبنى على العقيدة ، وهذا يفسر قوله سبحانه وتعالى « وإذا اردنا أن نهلك قرية امرنا مترفيها ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا » (الاسراء / ١٦) لأن منطق الآية الكريمة لا يستقيم مع أحكام أخرى فى القرآن إلا على اساس مدرك الشخصية المعنوية . فالقاعدة العامة فى القرآن هى أن لاتزر وازرة وزر أخرى وإذن فكيف تدمر القرية بفسق مترفيها فيتحمل أهلها وزر الفاسقين إلا اذا كان الفسق ممن يقومون على شئون القرية بوصفها شخصا معنويا وعندئذ ينسب الفسق إلى المجموع ويكون التدمير عقابا لهذا المجموع .

وهكذا نجد أن من احكام النظرية الإسلامية مايخاطب المجموع وتبعا فإن تطبيقه يتطلب الاقرار بمدرك الشخصية المعنوية . والحق أن ذلك المدرك ليس غريبا على الفقه الإسلامى التقليدى لأنه أخذ بالفكرة عندما عرضت له المشكلة فى فروض استدعت ذلك . ولعل أهم فرض هو نظام الوقف .

لقد اختلف الفقهاء فى تعريف الوقف ولكن جمهرتهم — يوسف ومحمد والشافعى واحمد بن حنبل — ذهبت إلى أنه حبس العين على حكم ملك الله

تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء وقيل هو حبس العين على ملك الله تعالى (محمد مصطفى شلبي ـــ أحكام الوصايا والأوقاف ، القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٣٢٦) . والتعريف واضح فى أن الوقف شخصية معنوية . وكان يكفينى هذا للتدليل على أن مدرك الشخصية المعنوية هو من المدركات التى تتعامل بها النظرية الإسلامية لولا أن البعض يذهب إلى أن حكم الوقف حكم استثنائى والاستثناء لايقاس عليه . وعندى أن هذا الاعتراض يفتقر إلى ساق يقف عليها لان المنطق الذى وضع الحكم للوقف يتكرر فى حالات أخرى . ثم إن الاقرار بالمدرك فى تصور ما هو اقرار بفكرة قانونية يمكن الاستفادة بها عندما تتوفر حكمتها فضلا على أن تطبيق القاعدة فى حالة واحدة لايعنى حتما ولزاما أن تلك الحالة استثناء ، وإنما يعنى فى وضعنا هذا أن المشكلة التى قابلت الفقه التقليدى قامت فى حالة واحدة هى حالة الأوقاف فلو أنه ووجه بمشكلة مماثلة فأخذ فيها بحكم غير الحكم لكان منطقيا أن نصف الوضع الخاص بالوقف على أنه وضع استثنائى وإنى اسائل عن الحكمة فى النكوص عن الاقرار بمدرك الشخصية المعنوية على الرغم مما فيه من رفع للحرج كما استبان من الأمثلة التى سقتها فيما سلف ، والتى تؤكد أن من أحكام النظرية مايخاطب المجموع . وقد قدمت أن فكرة الشخصية المعنوية حيلة قانونية تذرع بها القانون لتقرير الحقوق والالتزامات الجماعية . وإذا كان الشخص المعنوى هو الشخص النموذجى فى القانون الدولى فإن مؤدى رفض الشخصية المعنوية فى النظرية الإسلامية هو اعاقة تلك النظرية عن أن تضع احكاما تنظم العلاقات الدولية .

ولايفوتنى فى هذا المقام أن اضيف صورة من صور الشخصية القانونية العامة التى لا يمارى فيها الفقه ، تلك هى بيت المال. ذلك أن بيت المال ـــ فى عرف النظرية الإسلامية ـــ يعد بمثابة شخصية اعتبارية يجب دفع الخراج والجزية له ومايرتبه ولى الأمر على المسلمين من التزامات مالية وهو وارث من لاوارث له وله أن يقاضى ويتقاضى .

وإذا كان الفقه الإسلامى قد انكر على الشركات أن تكون ذات شخصية اعتبارية فإنه لم يفعل ذلك جحودا بالشخصية الاعتبارية وإنما لأنه سلك فى تكييف الشركات مسلكا يغنى عن ذلك . لقد نظر الفقه الإسلامى إلى الشركات من زاوية مصلحة الشركاء فإن هى داينت أو تدايت وجب اذن الجميع إلا إذا كان فى عقد تكوينها مايبيح ذلك لمدير الشركة أو اقتضت طبيعة نشاط الشركة دلك . ولكن النظرية الإسلامية قدرت فى قضية الشركات — وكبيت المال مثلا — كيانا منفردا بما له وماعليه دون اعتبار لاشخاص مجتمعين .

إن هذه المقارنة العاجلة توضح — بل تؤكد — أن فلسفة النظرية الإسلامية لاتجافى مدرك الشخصية الاعتبارية لانظرا ولا عملا . فإن صح هذا — وهو فى نظرى صحيح — فإنى لاأجد صعوبة فى أن اتابع مسيرتى على درب القانون الدولى . والحق أننى وأنا بصدد الكلام عن الشخصية الاعتبارية أو الحقوق فى القانون الدولى كان يجب أن أفسح المجال لمناقشة صور أخرى من الشخصية الاعتبارية — عدا الدولة — كالمنتظمات الدولية مثلا — بيد أن تأكيد مدرك الشخصية الاعتبارية — من حيث المبدأ — فى النظرية الإسلامية يكفينى فى هذا المقام لاننى بذلك أكون قد أقمت الأساس وأرسيت الركائز . هذا فضلا على أن هذا السفر لضيق بدراسة القانون الدولى وتبعا فإنه لامجال فيه لتفصيل يتعلق بالتنظيم الدولى ، ولذا فإن لى عذرى إن اجتزأت هنا بالكلام عن الدولة .

ومن ثم فإنى اخلص إلى أن النظرية الإسلامية تتسع لمدرك الشخصية المعنوية الدولية استجابة لمتطلبات الحياة الدولية المعاصرة ومواكبة لواقع الجماعة الدولية ورفعا للحرج وهذا مقصد من المقاصد الاساسية فى النظرية الإسلامية لاسيما وأن النصوص الشرعية لاتعارض الأخذ بذلك المدرك بل تؤيده وتزكيه . ولقد عرفت العرب مدرك الشخصية المعنوية بمفهوم خاص فى صورة القبيلة ، فلا عجب أن تسمى القبيلة بالعاقلة لأنها تعقل افرادها . ولعل الرسول ﷺ قد

انطلق من هذا المفهوم عندما خاطب رؤساء الدول المحيطة بالجزيرة — فى بدء الدعوة — يدعوهم إلى الإسلام ويحملهم مسئولية عدم استجابة شعوبهم لدعوته .

واحب أن أضيف هنا أن الازدواجية فى عناصر الشخصية التى تتطلبها النظرية المعاصرة لقيام الشخصية الاعتبارية لامجال لها فى النظرية الإسلامية إذ يكفى فى النظرية الإسلامية لتوافر الشخصية الاعتبارية الدولية أن تتمتع الوحدة الكلية بأهلية الوجوب القانونية الدولية ولاحاجة بها لان تكون قادرة على خلق قواعد القانون ومرجع ذلك أننا اشترطنا فى النظرية المعاصرة أن تتوافر القدرة على جانب الاهلية لان الجماعة الدولية تفتقر إلى سلطة مركزية لها سلطان التشريع الدولى ، أما النظرية الإسلامية فتعرف مشرعا أعلى تسمو ارادته على ارادة الدول ، ذلك هو الخالق عز وجل . وهكذا نجد أن الشخصية القانونية فى الشريعة الإسلامية لاتختلف فى مفهومها الداخلى عن مفهومها الدولى إذ هى فى الحالتين عديل الأهلية ثم إن من الفقهاء المعاصرين مازال — حتى فى عصرنا هذا الذى يباهى بما أكده للناس من حرية — مازال يقول بأن الفرد محل للأحكام القانونية الدولية من حيث أن القانون الدولى يفرض عليه واجبات ولكنه لايقر له بحقوق . بيد أن هذه النظرية لاتمثل النظرة العامة من قبل الفقهاء فهناك من يرى أن القانون الدولى يتعامل مباشرة مع الفرد دون وساطة الدولة فيضفى عليه الحقوق والالتزامات ، ولعل جروسيوس هو أول من قال بهذا الرأى (انظر Korowicz op. cit., pp, 327-332)

وإلى جانب هذه النزعة التى تقول بأن الدولة والفرد كليهما من أشخاص القانون الدولى نجد نزعة اخرى تقصر الشخصية القانونية الدولية على الفرد وحده ، وتلك نزعة لاتجد إلا القليل من الأنصار (كورويز ، المرجع السابق ، ص ٣٣٩) .

أما النظرية الإسلامية فلا تستبعد الفرد من بين أشخاص القانون الدولى ذلك أن معظم آيات القرآن تتوجه بخطابها إلى الافراد . فضلا على أن الفرد

يستمد بعض الحقوق مباشرة من القانون الدولى ، والمثل الذى يضربونه لذلك حق الفرد فى منح الأمان فيلزم بذلك الدولة الإسلامية . وانى وأن كنت لااعتبر الأمان معاهدة إلا أن هذا لاينفى أنه وثيقة لها اثار دولية تحاج بها الدولة . وقد يكون المثل الأكبر وضوحا هو ماالأهل الذمة المقيمين فى الدولة الإسلامية من حقوق . وكما أن النظرية الإسلامية تمنح حقوقا للفرد فهى تفرض عليه التزامات مثال ذلك الجهاد عندما يكون فرضا عينيا . صحيح أن الأهلية الدولية للفرد ذات نطاق أضيق من نطاق الأهلية الدولية للدولة ولكن هذا لاينفى أن للفرد شخصية قانونية دولية . وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية أكثر تقبلا للفرد كشخص من أشخاص القانون الدولى . بيد أنها لاتحصر الشخصية القانونية الدولية فيه وإنما تقر إلى جانب ذلك بالشخصية القانونية الدولية للدولة . ومن ثم فإن الرأى المعاصر الذى يعترف لكل من الدولة والفرد بالشخضية القانونية الدولية إنما يتفق مع النظرية الإسلامية فى تحديد أشخاص القانون الدولى ، والنظرية الإسلامية إذ تأخذ بمفهوم محدد لاشخاص القانون الدولى إنما تغنى عن الخلاف المستعر فى الفقه المعاصر فى اشخاص القانون الدولى .

وأبدأ فى معالجة الأحكام الخاصة بأشخاص القانون الدولى بالكلام عن الدولة ثم أثنى بالكلام عن حقوق الأفراد والجماعات .

المبحث الثانى
فى
مدرك الدولة فى النظرية الإسلامية

تصدير :

تشهد الأحكام العامة فى النظرية الإسلامية بوجوب اقامة الدولة ، وتلك حقيقة تقررت فى اجتماع السقيفة إذ لم يخالف أحد من الصحابة فى أصل اقامتها وإنما انحصر الخلاف فى صفات من يتولى رئاستها . ولذا لم يعترض احد على ابى بكر عندما قال « لابد لهذا الامر من قائم يقوم به . فانظروا وهاتوا برهانكم » .

وقد أشار القرآن الكريم إلى الدولة منذ أن قدر للإسلام أن يكون نظاما وتشريعا اساسه الحق والعدل غير مقتصر فى ذلك على ظهورها بل وكل إلى الرسول ﷺ ثم إلى المؤمنين به تنفيذها والجهاد الخالص فى سبيل هذا التنفيذ بقوله تعالى « أم يحسدون الناس على ما آتاهم الله من فضله فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما » (النساء / ٥٤) . ووجه الاستدلال أن المقصود بقوله تعالى « أم يحسدون الناس » النبى محمدا عليه الصلاة والسلام ــ إذ حسده اليهود منذ أقام الدين على أساس الدولة ، فكان الرد أن هذا الذى اضطلع به الرسول ﷺ ــ لم يكن بدعا فى النبوات ، بل لقد سبق أن آتى الله تعالى الملك العظيم لمن سبق من الأنبياء .

فالإسلام اذن دين قائم على قاعدة الدولة منذ قدر له أن يكون تشريعا (فتحى الدرينى ــ خصائص التشريع الإسلامى فى السياسة والحكم ، بيروت ١٩٨٢ ، ص ٣٢٨) .

ومن السنن التي يحتج بها بعض الفقهاء في ضرورة اقامة الدولة رواية ابن عمر « من خرج من الجماعة قيد شبر فقد خلع الإسلام من عنقه حتى راجعه ومن مات وليس عليه إمام جماعة فإن مؤتته موتة جاهلية » . وقول عثمان بن عفان « إن الله يزع بالسلطان مالم يزع بالقرآن » . وهذه الروايات وأن كانت لاتعتبر نصا مباشرا في مقام الدولة إلا أن الاستشهاد بها لابأس به في تدعيم مدرك الدولة وتأكيد معقوليته شرعا ، وذلك أن تحقيق مقاصد الشريعة الغراء لايتم إلا بتنفيذ أحكامها وهذا لايتحقق إلا بالدولة فكانت اقامة الدولة واجبة لوجوب ذلك بداهة .

ومما يزكي المدرك ماتضمنه التشريع الإسلامي من مظاهر لسيادة الدولة — لاسيما على الصعيد الدولي — من مثل قواعد الجهاد وابرام المعاهدات . ولذا يقرر ابن حزم أن العقل يوجب اقامة الدولة إذ يقول « وقد علمنا بضرورة العقل وبديهته ، أن قيام الدولة بما اوجبه الله تعالى من الأحكام عليهم في الأموال ، والجنايات ، والدماء ، والنكاح ، والطلاق ، وسائر الأحكام كلها ، ومنع المظالم ، وانصاف المظلوم ، وأخذ القصاص على تباعد اقطارهم وشواغلهم ، واختلاف آرائهم . فلا تصح اقامة الدين إلا بالاسناد إلى واحد أو إلى أكثر من واحد » (الملل والنحل لابن حزم — ج ٤ ، ص ٨٧) .

ويقرر الإمام الغزالي « أن ذلك لو دام (أي الفتن وموت السلطان) ولم يتدارك بنصب سلطان آخر مطاع دام الهرج وعم السيف وشمل القحط وهلكت المواشي وبطلت الصناعات وكان كل من غلب سلب ولم يتفرغ أحد للعبادة والعلم وإن بقي حيا والأكثرون يهلكون تحت ظلال السيوف ... ولهذا قيل : الدين والسلطان توأمان : الدين أساس والسلطان حارس وما لاأساس له فمهدوم ومالا حارس له فضائع » (الاقتصاد في الاعتقاد للغزالي — ص ١٠٥ — ١٠٦) . ويتابع الغزالي قوله « فبان أن السلطان ضروري في نظام الدنيا ، ونظام الدنيا ضروري في نظام الدين ، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة أخرى ، وهو مقصود الانبياء قطعا ، وجوب تنصيب الإمام من

ضروريات الشرع الذى لاسبيل إلى تركه . (الاقتصاد فى الاعتقاد ، المرجع السابق ، ص ١٠٦) . ولهذا نرى أن ائمة الفقه السياسى ينتهى بهم اجتهادهم إلى أن اقامة الدولة من اعظم مقاصد الدين ، فيقول الجرجانى إن نصب الإمام من أتم مصالح المسلمين وأعظم مقاصد الدين (شرح الجرجانى على المواقف ، ج ٨ ، ص ٣٤٦) .

بيد أن المدقق فيما اسلفت من قول يستبين أن الفهم السياسى الإسلامى التقليدى للدولة قام على مدرك السلطان الذى يمارسه الإمام اى السيادة الشخصية لرئيس أعلى يتولى أمر المسلمين بما يقيم أمور الدين ويحمى مصالح الناس . ومن ثم فإن الأركان التى كانت فى اعتبار هؤلاء لقيام الدولة هى عنصرا الشعب والحاكمية أما عنصر الأقليم فلم يكن واضحا فى ذهن هؤلاء المفكرين ولم يتضح فيما اسلفت من أقوالهم . بيد أن هذا التصور لم يعد هو التصور السليم للدولة اليوم إذا نحن أردنا لدولة الإسلام وجودا تتوفر فيه القوة والمنعة وتنعم فيه بعزة وسيادة لاتخضعها لسلطان اجنبى ولاتذلها للائتمار بأمر استعمارى . إن عصمة الدولة الإسلامية وصون حقها فى الحياة أداء لأمانة التكليف وعمارة الدنيا والاصلاح فى الأرض يتطلب أن يتوفر للدولة ركن ثالث هو الإقليم على تفصيل اورده بعد قليل . ذلك أن الدولة تتكون فى المفهوم الغربى المعاصر من ثلاثة اركان : اقليم وشعب وسلطة .

ويطيب لى ـــ قبل أن اناقش عناصر الدولة ـــ أن اشير إلى أن القرآن الكريم قد رسم للدولة الإسلامية دورها فى الجماعة الدولية فى قوله عز وجل « الذين إن مكناهم فى الأرض اقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (الحج / ٤١) . ومقتضى هذا أن الدولة الإسلامية مجندة للقيام بمهمة الإصلاح فى الأرض بجميع وجوهه ماديا ومعنويا . وإذن فامرها ليس مقصورا على الإصلاح العقائدى فحسب بل يسهم بجهوده فى تدعيم أسس الحضارة الإنسانية ويدلى دلوه فى حقول الرفاهية العامة .

الفرع الأول
في
عناصر الدولة في النظرية الإسلامية

دهليز إلى البحث :

قلت إن الدولة الإسلامية لم تعرف فى بداية عهدها التصور الغربى الثلاثى الذى يجمع السلطة والإقليم والشعب إذ كانت نظرة الفقه الإسلامى إلى الدولة منبعثة من غاية تلك الدولة . إن غاية الدولة الإسلامية هى نشر الدعوة الإسلامية فى ربوع العالم والوصول بكافة الناس إلى اعتناق الإسلام . ودعوة لها هذه الصفة العالمية لايمكن أن تنحصر في مكان أو تحد بحدود ولذا نظر الفقهاء إلى السلطة السياسية فى الدولة الإسلامية على أنها سلطة شخصية تتابع المسلمين اينما كانوا وحيثما حلوا وليست سلطة مكانية تنحصر فى اقليم بعينه . وإذن فالدولة الإسلامية دولة عالمية الأقنوم ودولية بلا تخوم . وهكذا اسقط الفقهاء عنصر الإقليم فى تصورهم لدولة الإسلام التى بنيت فى نظرهم على شعب من المؤمنين وامير للمؤمنين . وقد ساعد على تزكية هذه النظرية مالقيه الإسلام فى عصوره الأولى من انتشار وازدهار فكانت العزة للمسلمين وقد دكت قواهم القلاع والحصون ولم تقف أمام حجافلهم مناعة المشركين .

إن هذه النظرة التى تركز على العنصر الاجتماعى تماثل فكرة معاصرة تعتبر أن الفرد هو وحده شخص القانون الدولى . ويعد ديجى عميد القائلين بهذه الفكرة واقتطف من دراساته فى هذا الخصوص قوله :

" Dans toute société humaine, grande ou petite, ou on voit un homme ou un groupe d'homine ayant une puissance de contrainte d'imposer aux autres, on doit dire qu'il ya une personne politique , un etat ,

(Duguit, Leon- Traité de Droit Constitionel, Paris, 1927, pp. 1152, 56-7).

ولذا فإن هذا الفريق يرى أن القانون الدولى قانون يحكم علاقات بين جماعات .

بيد أنه كان لابد للفقه الإسلامى من أن يعيد حساباته بعد أن خف وقع سنابك جيش الجهاد وجمدت فتوحات المسلمين قبل أن تتمكن الدعوة الإسلامية من أن تتم دورتها حول الشمس . وكان لابد من أن تنطلق النظرية الإسلامية على هدى من واقع الحال حيث ظلت رقاع من المعمورة خارج حوزة المسلمين وامتنعت أقاليم على قدرة الفاتحين . فبرزت فكرة تقسيم العالم إلى دارين : دار الإسلام ودار الحرب . ومع هذه النظرية بدأ عنصر الإقليم يشغل مكانا فى تعريف الدولة الإسلامية إذ كانت دار الإسلام هى الإقليم الذى تعلو فيه ألوية الإسلام وكانت دار الحرب حيث تشيع أحكام غير اسلامية . والواقع أن هذه كانت ارهاصات بعنصر الإقليم وليست أخذا بفكرة الإقليم فى مفهومها الدقيق لأن المساحة التى حددت بها دولة الإسلام تجعل وجودها المكانى نطاقا وليس اقليما بالمعنى الفنى للاصطلاح من حيث أن النطاق هو المساحة التى لم تحدد على وجه الدقة أما الإقليم فله خاصيتان الثبات والتحديد . ولذا سميت دارا والدار هى البلد والقبيلة ، ومااقرب نظرية الالمانى شمت Schmitt من المفهوم التقليدى لدار الإسلام ودار الحرب إذ تتلخص نظريته فى أن العالم ينقسم إلى وحدات ذات مساحات شاسعة لاتتحدد بتعرجاتها الجغرافية وإنما توحدها فكرة سياسية . وقد قُفل باب الاجتهاد فى وقت تعاصر مع تفتت الدولة الإسلامية الكبرى فلم يتسع الاجتهاد لمناقشة الوضع الجديد الذى آلت إليه دار الإسلام ولذا ظلت فكرة دار الإسلام ودار الحرب هى النظرة التقليدية للمفهوم الإسلامى . ولو شاء الله للاجتهاد أن يظل بابه مفتوحا لقرأنا للفقه رأيا غير ذلك الرأى ولما تخلف عن مواكبة مااستجد على الجماعة الإسلامية من تطور أخذا بمبدأ المصالح المرسلة من حيث أن الانغلاق عن تلك الحقيقة لايخلف إلا حواجز تحول دون استمرار حيوية الدولة الإسلامية وموانع تعوق تقدمها . أما وقد زالت الغمة فإن علينا أن نعيد النظر فيما قيل حتى لانتخلف عن الحل .

والدولة تعبير داخل الاصطلاح الفقهي الإسلامي في العصر العباسي لتمييز الحكم العباسي عن الحكم الأموي، لأن الدولة لغة هي الاستيلاء والغلبة . ولذا شاع التعبير اليوم فى لغة السياسة والقانون ويقابله فى اللغة الانجليزية تسمية الدولة أحيانا بلفظة power والفرنسية puissance ففيها كذلك معنى الغلبة . بيد أن القرآن الكريم استخدم لفظة أخرى للدولة ، تلك هى « القرية » وهذا يصف الصورة التى كانت غالبة على الدولة فى القديم إذا كانت المدينة تكون دولة ومن هنا كان يطلق عليها الدولة المدينة City- State .والقرآن فى تسميته للدولة بالقرية يحرص على أن يقدم لنا الدولة فى أصغر صورها حتى يمكن البناء عليها إذ مادام أن قرية واحدة يمكن أن تكون دولة فإن عدة قرى يمكن من باب أولى أن تكون دولة ، أما الأخذ بالعكس فيوقعنا فى حرج . فلو أن القرآن وصف الدولة فى تصور اوسع لأثار ذلك مشكلة الوحدات الأقل اتساعا ، بيد أنها قرية ذات حد أدنى من التعداد السكانى على نحو ماأبين فى موضعه .

أعود إلى مكونات الدولة فأقول إننى استطيع أن استخلص المقومات الثلاثة من مفهوم اشارة بعض الآيات الكريمة واختار منها قوله تعالى « الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيرا » (النساء / ٧٥) فالقرية هنا ــ وهى الدولة ــ ذات شعب هم أهلها الظالمون ولابد أن يكون لها اقليم إذ كيف يتم الإخراج إلا من مكان محدد ومعين . أما السلطة فقد عبرت عنها الآية فى الولاية والنصير حتى يمكن أن يحمى المظلومين من السلطة القائمة على تلك القرية .

والحق أن وجود الإنسان فى جماعة امر تقتضيه طبيعة البشر وحقيقة الاجتماع لأن الإنسان اجتماعى بطبعه ، فليس من انسان يستطيع أن يعيش فى عزلة لأن الناس خلقوا كى يعيشوا فى جماعة . ولذا اقر مفكروا المسلمين ــ على سالفة فلاسفة الاغريق ــ أن الانسان لابد أن يعيش فى مجتمع . ولعل الفارابى فى أهل المدينة الفاضلة ــ وبعده الكواكبى ــ هو خير ممثل اسلامى لذلك المفهوم الاجتماعى .

بيد أن اجتماع الناس لابد أن يتوصل بهم إلى جماعات تتدافع ووحدات تتنافس وذلك التجزؤ هو من اسباب العمران لأن انخراط الناس فى جماعة واحدة لابد أن يفضى إلى كساد حياتهم وخمول نشاطهم « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض » (البقرة / ٢٥١).وهكذا فكما أن المجتمع ضرورى لحياة الإنسان فإن انقسام المجتمع إلى جماعات ضرورى لحياة المجتمع . ومن هنا كان انقسام العالم إلى دول امرا تدفع اليه قواميس الخلق ومقتضيات السنن لأن الإنسان وإن كان حيوانا اجتماعيا إلا أنه ليس حيوانا حسن السلوك دائما . وتلك حقيقة أكد عليها المؤرخ الفيلسوف ابن خلدون فى مقدمته فقال إن قيام المجتمع يستحث الحاجة إلى حماية الإنسان ضد اخيه الانسان ولاتغن فى ذلك الاسلحة التى يحمى بها الإنسان نفسه ضد الحيوانات الكاسرة لان كل انسان يستطيع أن يتملك مثل تلك الأسلحة . وتبعا فلا بد من قيام سلطة مانعة تملك من القوة والقدرة ماتستطيع أن تحمى به الناس ضد عدوان بعضهم على البعض الآخر . وذلك هو فحوى الملك الذى يكمن فى طبيعة الناس ولاغنى لهم عنه من أجل بقائهم .

وكانت دولة المدينة المنورة أول تصور اسلامى للدولة وقد تبدت ارهاصاتها فى عهد العقبة فالذين بايعوا الرسول هناك لم يبايعوا على الولاء الدينى فحسب بل على أن يمنعوا الرسول مما يمنعوا منه انفسهم . ثم تأكد ذلك فى عهد المدينة حيث جعل المؤمنين من المهاجرين والأنصار ـــ أمة واحدة فكانوا بذلك عنصر شعب الدولة الناشئة إلى جانب اليهود كأقلية محمية وكانت يثرب اقليمها. ويقول التاريخ إن الرسول كلف كعب بن مالك بأن يحدد حدود اقليم المدينة (أنظر (Hamidullah, M.- Le prophéte d'Islam, Paris, p. 208)

ولذا دخلت بعض القبائل التى تقطن خارج المدينة فى حدود المدينة مثل جهينة ومزينة . فلما وقعت موقعة بدر تأكد أن التآلف بين سكان المدينة لايبنى على روابط العقيدة فحسب بل دخله عنصر سياسى هو التزام أهل المدينة بالحرب تحت قيادة الرسول . ومن هنا بدأ مجتمع المدينة يؤكد ذاته بالقياس إلى

التضامن القبلى الذى [illegible] التقليدية [illegible] أوثان الشرك وبين المسلمين مواقف المعاداة والقتال من أقرب الناس إليهم كآبائهم وابنائهم ، هذا فضلا عن سلطات الحكم الأعلى التى [illegible] العهد على الرسول والتى أكدتها الآية الكريمة « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا قضيت ويسلموا تسليما » (النساء / ٦٥) . وهكذا استكملت دولة المدينة عناصرها الثلاثية الشعب والإقليم والسلطة . ولكن هذا التصور الثلاثى تاه فى زحمة حروب الردة والفتوحات الإسلامية الأولى .

وأغلب الظن أن دولة المدينة بدأت فى اتحاد ايلاف (كونفدرالى) ثم أصبحت بعد نصر بدر دولة اتحاد موالاة (فدرالى) لأن كلا من المهاجرين والأنصار ظلت عليهم مسئوليات منفصلة مثل الالتزام بالدية . وقد اعترفت مكة بهذه الدولة رسميا فى عهد الحديبية (سنة ٦٢٩ م) الذى أبرم بين وحدتين تتعاملان على قدم المساواة . وجدير بالذكر أن الرسول وقع هذا العهد بصفته السياسية لأن العهد لم يصفه بأنه رسول الله ولم يتضمن مايفيد اقرار مكة بالإسلام كعقيدة . وبدأت الدولة الإسلامية — بعد فتح مكة وانتصار المسلمين فى حنين — تنشر لواءها فى ربوع شبه الجزيرة وبدأت القبائل تفد من كل حدب وصوب لتقدم الولاء للرسول حتى أن آخر عام فى حياة الرسول ﷺ عرف بعام الوفود لكثرتهم . فلما ولى ابو بكر وصرف حياته فى حروب الردة كان يصدر عن فكرة الدولة الموحدة لانه أصر على محاربة القبائل حتى التى لم ترجع عن الدين ولكنها رفضت أن تدفع الزكاة له . واستقرت الدولة الإسلامية بمفهوم متكامل للدولة مع ولاية عمر بن الخطاب .

وواجب قبل أن انتقل إلى مناقشة تلك العناصر أن أوجه النظر إلى ثلاثة اعتبارات :

١ — ليس فى القرآن الكريم نص صريح فى وصف الدولة . صحيح أن هناك آيات يمكن أن توحى إلينا بمفهوم اشاراتها ببعض الأفكار ولكن هذا هو من قبيل الاجتهاد الذى قد يختلف فيه المجتهدون .

٢ ــ كان الرسول ﷺ على رأس الدولة الإسلامية فى أول نشأتها وكان الرسول صاحب السيفين الزمنى والدينى بأمر إلهى صريح ، وتلك حقيقة فريدة لايعرف التاريخ لها مثيلا ــ ولذا لم يستطع المفكرون الأوائل أن يتفهموا بوضوح أن للدولة سمات سياسية كما أن لها سمات دينية . وقد عمت تلك الحقبة عليهم فكان لها معقباتها على تصورهم لمدرك الدولة ، ولعل ذلك كان من وراء اهتمامهم بعنصر الشعب حيث أن الرسول بعث هاديا للعالمين .

٣ ــ كانت القبيلة هى الوحدة السياسية التى عرفتها العرب قبل الإسلام وقد ظل المدرك القبلى ذا تأثير على الفكر الإسلامى حتى بعد مجىء الإسلام . ورب أن كل ماطرأ على المدرك هو فى تعريف مدلوله وليس فى تغيير اصوله . وكان العباسيون أول من استعمل تعبير « دولة » وهو يعنى عندهم « العهد الجديد » وكانوا يريدون بذلك ابراز تميزهم عن العهد الأموى ثم انتشر التعبير فى لغة القانون وغلب . وأغلب الظن أن هذا التأثير هو الذى دعاهم إلى الاستغناء بتعبير « الأمة » عند الكلام عن الدولة وهم فى ذلك غير بعيدين عمن لحقهم بعدة قرون من الغربيين الذين جعلوا ــ زمن ازدهار فكرة الدولة القومية ــ من لفظى « الدولة State » و « الأمة Nation » صنوين يحل احدهما محل الآخر . بل انهم سبقوا من صاغوا ميثاق الأمم المتحدة الذى يفتتح ديباجته باسم الأمم ويطلق المسمى على الهيئة بذاتها فلم يسمها هيئة الدول التى هى فعلا حقيقتها ــ وإنما اسماها بهيئة الأمم .

والآن أرى أن أناقش تلك العناصر الثلاثة لنتبين مدى قابلية النظرية الإسلامية لفكرة الدولة القائمة على هذه العناصر الثلاثة .

العنصر المادى : الإقليم :

قلت إن النظرية الإسلامية لم تهتم فى باكورة تطورها بالإقليم كعنصر من

عناصر الدولة لأن الدولة الإسلامية فى نظر الأوائل لايحدها إلا أطراف البسيطة فحيثما امطرت سحابة فإن خراجها يجب أن يكون للمسلمين . وماأشبه ذلك بنظرية المجال الحيوى التى ابتدعها الألمان لتبرير توسعهم بيد أن المجال الإسلامى لنشر العقيدة السمحاء والمجال الألمانى لحكم الطاغوت ولذلك لم يفهم المسلمون الأوائل هجرتهم من مكة إلى الحبشة ثم إلى المدينة على أنها تغيير فى المكان وإنما فهموها على أنها تغيير فى الرابطة القبلية والاجتماعية . ولعل مازكى هذا المفهوم فى نفوسهم روح البداوة الكامنة فى نفوسهم والتى تتسم بالارتحال ولاتعرف معنى الاستقرار فى اقليم بعينه . ويقتضى الانصاف أن أذكر أن اهمية الإقليم للدولة لم تظهر فى الفقه الغربى إلا فى فترة متأخرة لأن الإقليم لم يكن عندهم هم الآخرون محددا بل كانت الدولة أشبه ماتكون بعنصر اجتماعى تنظمه سلطة سياسية أى انه كانت هناك تنظيمات سياسية دون ركيزة اقليمية ثابتة ثم تطورت الأمور إلى أن وصلت إلى ماهى عليه اليوم .

وقد اغلق باب الاجتهاد مع بدايات تفتت الدولة الإسلامية فلم يعاصر ذلك التفتت من الفقهاء التقليديين الائمة من كان يمكن أن نعتمد على اجتهاده ولذلك ظل الرأى الأول على علاته .

ومع ذلك فإننا لانستطيع أن نزعم أن المسلمين الاوائل قد جهلوا فكرة الأقليم كلية ، وقد ألمحت إلى الآية الكريمة التى يستفاد من عباراتها أن القرية — أى الدولة — لها اقليم . هذا فضلا على أن الرسول ﷺ قد حد حدودا ليثرب (دولة المدينة) . وليس الأمر هذا فحسب بل إن عمر بن الخطاب عندما قرر ألا يبقى فى الحجاز دينين إنما كان يتكلم عن اقليم محدد — هو الحجاز — وكان يريد أن ينقى هذا الاقليم من الأديان الأخرى غير الإسلام (ولو أن لى تحفظا على تفاصيل الواقعة) . وقد عرف الفقه الإسلامى مصطلحات ذات مدلول اقليمى مثل ثغور العدو — وهى الأراضى التى تعود للعدو ، وثغور الإسلام وهى المواقع الإسلامية المجاورة لأراضى الدول الأجنبية أو القريبه من أراضى العدو ، وقد تكون ثغورا برية وقد تكون ثغورا بحرية ، كما عرف الضواحى

وهى المناطق التى يتركها الفريقان المتحاربان خالية من الجند والتجهيزات العسكرية . ولايقف الأمر عند هذا الحد فحسب بل إن التنزيل الكريم يقول « يأيها الذين امنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا » (التوبة / ٢٨) . فهو يتكلم عن تصور اقليمى لأن الحرم الذى منع المشركون من قربة هو عبارة عن مساحة من الأرض لها حدودها التى يجب ألا يقربها المشركون وفى داخل هذا الرقعة من الأرض تنطبق أحكام خاصة من القانون لاتنطبق خارجها . فالحرم إذن اقل مايوصف به أنه اقليم ادارى Administrative Region من اقاليم الدولة الإسلامية . والإقليم الادارى إذا أضفيت عليه الحاكمية ينقلب إلى دويلة (فى الدول الاتحادية) أو دولة مستقلة . وهكذا فإن الإقليم الذى عرفته النظرة الإسلامية التقليدية ، إنما كان لخدمة أغراض معينة ولم يكن بوصفه عنصراً من عناصر الدولة .

وإذن فالأمر — كما قدمت — هو أن الإقليم ليس بالفكرة الغربية عن المفهوم الإسلامى ولا بالمدرك الذى يتنافر مع مدرك الدولة الإسلامية . وإن صح أن نعتبر الإقليم عنصرا من عناصر الدولة الإسلامية فما هى طبيعة العلاقة القانونية بين الإقليم والدولة ؟ لقد تعددت النظريات الغربية فى الاجابة على هذا السؤال ويمكن أن اقرر بأن اكثرها قبولا اليوم أربعة :

(١) الإقليم محل حق عينى للدولة .

(٢) الخاصية أى أن الإقليم عنصر من طبيعة الدولة ذاتها وجزء لايتجزء منها .

(٣) الحد أى أن الإقليم هو الإطار الذى تمارس الدولة سلطاتها فى داخله .

(٤) الاختصاص أى أن الإقليم هو الرقعة التى يطبق عليها النظام القانونى للدولة .

والقول عندى أن نظرية الاختصاص هى أكثر النظريات قربا من المفهوم الإسلامى فهى تتواءم مع فلسفة النظرية الإسلامية التى تنظر إلى مزايا الدولة على أنها اختصاصات مضفاة على الحاكم بضمان أداء وظائف معينة سبق أن

المحت إليها عند الكلام عن وظائف الدولة الإسلامية . كما أن مرونة فكرة الاختصاص تجعلها صالحة لأن تكيف باستمرار المراكز الإقليمية المختلفة .
وأرى أن نتبنى نظرية الاختصاص بمفهوم فردروس الذى قال إن للدولة اختصاصين : اختصاص محلى واختصاص عينى وإنها تستطيع بما لها من اختصاص عينى أن تتصرف فى الإقليم والدولة لاتمارس اختصاصها فحسب بل هى كذلك مجبرة على ممارسته مادام أن امتناعها يمكن أن يؤثر على الدولة الغير ، أى أن اختصاص الدولة يتميز بخاصيتى العمومية والالتزام .

بقى فى مناقشة فكرة الإقليم أن اتكلم عن كيفية كسب الإقليم.تتعدد فى النظرية الغربية أسباب كسب الإقليم وعلى الرغم من أن بعضها قد عفى عليه الزمن ألا إننا لازالنا نطالع أحكامه فيما يخطه الفقهاء الغربيون . وتتجمع تلك الأسباب فيما يلى :

١ ــ الاستيلاء ، وهو عبارة عن وضع اليد على إقليم لاسيد له . والاستيلاء سبب من اسباب كسب الإقليم فى النظرية الإسلامية.ويقول المؤرخون إن بعض العرب ــ على حياة الرسول ــ وصلوا إلى جزيرة نائية بسبب سوء الجو وجاءوا ليقصوا للرسول عجبا من أمرها . وقد كسب المسلمون البحار الجنوبية وآلاف الجزر فى المحيط عن طريق الاستيلاء . وفى قول الماوردى يندرج تحت هذا السبب الأرض التى يجلو عنها أصحابها خوفا ــ فى حرب بينهم وبين المسلمين ــ فتصير بالاستيلاء عليها وقفا ، وقيل بل لاتعتبر وقفا حتى يقفها الإمام لفظا ويضرب عليها خراجا .

٢ ــ الحقوق التاريخية ، ويستعمل هذا التعبير للتدليل على حقوق تكتسب مخالفة لاحكام القانون الدولى عن طريق ممارسة تاريخية تؤكد بها دولة مااختصاصا هو فى الأصل غير مشروع . ولاأحسب أن لذلك السبب مكانا فى النظرية الإسلامية اللهم إلا إذا قصدنا به التقادم من حيث أنه ظاهرة تعترف بأثر الزمن على الحقوق والتصرفات القانونية . بيد أن البعض يفرق بين التقادم والحق التاريخى من حيث أن التقادم يمكن أن نعرف بدايته أما الحق التاريخى

فقد يذوه أصله فى خضم التاريخ . واستند فى رأيه على قول ﷺ « على اليد ماأخذت حتى تؤد به » وقوله أيضا « لايأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها » . إذ القاعدة الإسلامية أنه لاشيء للغاصب وليس لعرق ظالم حق . وفى رواية أبى داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير قال « ولقد أخبرنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى الرسول ﷺ غرس أحدهما نخلا فى أرض الأخير فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج منها .

٣ ــ الاضافة ، وهو الاجراء الذى يماثل بين مكونات أرضية جديدة وبين مكونات قديمة ، وفى قول آخر هى الزيادة التدريجية التى تطرأ على الأرض أو على الشواطيء . وذلك سبب تقبله النظرية الإسلامية طبقا لاحكام اضافة الملحقات للمالك فإذا انكشف النهر عن الأرض وانتقل عنها فانها تكون ملكا للمسلمين ــ أى ملكا للدولة ــ كما كان البحر ولايملكه من يليه من الشط ولا من دخل النهر فى ملكه ، وللوالى التصرف فيه حسب المصلحة كما يرى فى أملاك الدولة . ولو أن هناك رأيا لعيسى بن دينار هو أنها تكون ملكا لمن يليه . والجزر ــ صغيرة أو كبيرة ــ والأرض التى حدثت عن طمى الأنهار التى تسير فيها السفن تكون مملوكة للدولة مالم يكن طرأ عليها تملك من الغير بوجه صحيح . وإذا كان النهر قد أنشيء على نفقة الأشغال العامة للدولة فهو ملك لها وإن كان مجرى كبيرا كذلك (راجع سيد عبد الله حسين ــ المقارنات التشريعية ــ القاهرة ١٩٤٧ ، ج ٢ ، ص ٤٠ ، ٤٦) .

٤ ــ الضم ، وهى طريقة لكسب السيادة على الإقليم فى حالتين : (١) إذا احتل الإقليم أو اخضع بواسطة الدولة الضامة . (٢) إذا كان الإقليم المضموم فى حالة خضوع واقعى للدولة وقت أن تعلن الدولة الضامة هذا الضم . ويدخل هذا السبب فى أحكام النظرية الإسلامية المتعلقة بملكية الأراضى فى البلاد المفتوحة . والذى يجوز ضمه ــ على خلاف بين الفقهاء ــ هى الأراضى التى فتحها المسلمون عنوة « فالبعض يرى أنها بالفتح قد اصبحت

غنيمة فتكون ملكا لبيت المال » بينما يرى آخرون أنها تظل مملوكة لاصحابها الأصليين من أهل البلاد المفتوحة على ماكانت عليه قبل الفتح مع فرض الخراج عليها » (راجع محمد عبد الجواد محمد ــ ملكية الأراضى فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٧٩) . وكان على بن ابى طالب ممن يرون أن تجعل الأرض فيئا موقوفا على المسلمين ماتناسلوا .

٥ ــ التنازل ، اى نقل الإقليم من سيادة إلى أخرى بطريقة سلمية ، وصورة هذا فى النظرية الإسلامية هى أراضى البلاد التى عقد بينها وبين المسلمين صلح إذ أن عقد الصلح هو الذى يحدد ملكية الأراضى. وقد كان الصلح يتم بين المسلمين وأهل هذه البلاد على صورتين فيما يختص بملكية الأراضى : الصورة الأولى : التنازل عن ملكية رقبة الأرض للمسلمين ، والانتفاع بها فى مقابل دفع الخراج عنها ــ والصورة الثانية الصلح على أن تبقى ملكية الأرض لأصحابها » (محمد عبد الجواد ــ المرجع السابق ، ص ٧٨ ، ٧٩) .

٣ ــ العنصر القانونى (السلطة) : سيادة أم حاكمية ؟

وتعرف النظرية الإسلامية فى ــ وصف السلطة ــ تعبيرين هما : الملك ؛ السيادة ــ والحق أن العرب فى جاهليتهم كانت طبيعتهم البدوية وتنظيم القبائل يتأبى على الاقرار بالملك لنفورهم من تقبل التسلط عليهم ولذا كانوا يطلقون لقب الملك على الحكام الأجانب ولم يفز بهذا اللقب فى تاريخ العرب الجاهلى سوى ملوك كنده (في وسط الجزيرة) . ومن هنا فرق ابن خلدون بين رئاسة القبيلة والملك بقوله «إن العرب لايحصل لهم الملك إلا بصيغة دينية من نبوة أو ولاية أو اثر عظيم من الدين على الجملة والسبب فى ذلك أنهم اصعب الأمم انقيادا لبعضهم البعض للغلظة وبعد الهمة والمنافسة فى الرئاسة فقلما تجتمع اهواؤهم : فإذا كان الدين بالنبوة أو الولاية كان الوازع لهم من انفسهم وذهب خلق الكبر والمنافسة فسهل انقيادهم واجتماعهم » .

وقد احتار الفقه في تعريف السيادة وشطت به الآراء ولعل مرجع تلك الحيرة وذلك الشطط هو عدم وضوح الرؤية أمام الفقهاء ، ذلك أن جمهور الفقهاء يخلط في دراسة مدرك السيادة بين المفهوم السياسي والمفهوم القانوني على نحو ينتهي برأي لا هو إلى هذا ولا هو إلى ذاك . ولذا فإن نقطة البداية عندي هي أن افرق بين المفهومين وأضع تعريفا لكل منهما على حده .

إن السيادة بمعناها السياسي تستمد علاماتها من المفهوم الإقطاعي حيث كان السيد يملك الأرض ومن عليها . ولذا فإن السيادة — في الدراسة السياسية — هي السلطة العليا للدولة في الداخل واستقلالها عن غيرها في الخارج .

أما السيادة في مفهومها القانوني فهي كلية من الاختصاصات — أو الحقوق — تخول الدولة — في حدود القانون-أهلية ممارسة كافة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية دون تدخل أجنبي . ومن ثم فإن السيادة سياسيا عبارة عن اطلاقية أما قانونيا فهي عديل للاهلية ، ولذا فإن السيادة تعز سياسيا عن أن تقيد ولكنها تبتجيب قانونيا للقيود الرضائية والعرفية .

فما هو قول النظرية الإسلامية في ذلك ؟ إن التعرف على جواب هذا السؤال يتطلب أولا التعرف على معنى السيادة.ويطلق السيد لغة على الرب والمالك والشريف الفاضل والكريم والحليم . وقد استخدم القرآن الكريم السيادة في بعض هذه المعاني . من ذلك قوله تعالى « وألفيا سيدها لدى الباب » (يوسف / ٢٥) ، أي ربها وصاحب الحق عليها . وقوله عز وجل عن يحيى بن زكريا « سيدا وحصورا » (آل عمران / ٣٩) ، وصفا لشرفه وفضله . وقد روى في الأثر أن الرسول ﷺ قال للأوس — عندما دخل عليهم سعد بن معاذ للتحكيم في بني قريظة — قوموا لسيدكم ، يعني شريفكم مثل السؤدد فشهد بثراء اللغة العربية في مثل هذه المصطلحات . ومن ثم فان المعنى اللغوى للسيادة يسمح بأن يستخدم المصطلح في مفهوميه — السياسي والقانوني .

فاذا أخذت الجانب السياسى نجد أن السيادة ـــ بمعنى العلوية المطلقة ـــ هى لله تعالى وحده «وهو القاهر فوق عباده» (الانعام/١٨) «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله امرا أن تكون لهم الخيرة من أمرهم» (الاحزاب / ٣٦) . «ولايخاف عقباها» (الشمس / ١٥) ، «لايسأل عما يفعل وهم يسألون» (الأنبياء / ٢٣) ، «سبحانه هو الله الواحد القهار» (الزمر / ٤) .

وفى ذلك يقول ﷺ لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق . ومن ثم فإن النظرية الإسلامية تجعل السيادة السياسية لله بلا شريك . وهذا يقابل الأمير أو الحاكم أو الاقطاعى أو السيد فى النظرية الغربية التقليدية ، والدولة أو الأمة فى بعض الآراء الحديثة .

وصفة هذه السيادة فى علاقة السيد الأعلى بالأشخاص هى الملك والتفرد المطلق «هو الملك الحق» (طه / ١١٤) «هو الله الذى لا إله إلا هو الملك القدوس» (الحشر / ٢٣) . «ولم يكن له شريك فى الملك» (الفرقان / ٢) ـــ بيد أن هذا التفرد فى الملك يتعلق بالملك فى الدارين : الدنيا والآخرة . وقد شاءت ارادة العلى الكريم أن يضفى بعض هذا الملك ـــ ولكن فى جانبه الزمنى ـــ على نفر من عباده . فهذا داود يخاطبه ربه بقوله «ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق» (ص / ٢٦) ، وهذا فرعون يوسف يطلق عليه الكتاب الكريم لقب الملك «قال الملك ائتونى به استخلصه لنفسى» (يوسف / ٥٤) ، والملك الزمنى ملك اقليمى اى ينصب على إقليم معين ولذا ينقل القرآن الكريم عن فرعون موسى قوله «أليس ملك مصر وهذه الأنهار تجرى من تحتى» (الزخرف / ٥) كما يحكى عن سليمان أنه سأل ربه أن يهب له ملكا لاينبغى لأحد من بعده . وخصيصة الملك الزمنى هى الحكم ولذا فإن سلطة صاحب الملك تسمى «حاكمية» ، والحاكمية بهذا المعنى تقابل السيادة الداخلية فى المفهوم المعاصر . ولذا يقول فقهاء المسلمين إن سلطان الإمام من سلطان جماعة المسلمين (المبسوط للسرخسى ، ١٠ ، ص ٩٣) ،

ومن ثم فإن السيادة السياسية فى النظرية الإسلامية إنما ينفرد بها المولى عز وجل وخصيصتها الملك فى الدارين : الدنيا والآخرة ، بيد أن الملك الأخروى خالصة لله تعالى ، أما ملك الدنيا فقد أشرك فيه بعض عباده . والعباد الملوك يمارسون ملكهم هذا بسلطة الحاكمية . أما إذا ناقشت السيادة من جانبها القانونى — بمعنى الأهلية — فإن السيادة تكون خصيصة من خصائص الدولة وصفة جوهرية من صفاتها من حيث أن الدولة شخص من أشخاص القانون والشخصية القانونية فى النظرية الإسلامية — سواء كانت داخلية أم دولية — هى عديل الأهلية . بيد أن مقومات هذه الأهلية وحدود ممارستها إنما يرجع فيها إلى أحكام القرآن وصحيح الحديث . ولعل أهم قيد عام على تلك الأهلية هو التشريع ، ذلك أن النظرية الإسلامية تقر بأن السلطة — فيما عدا التشريع — قد فوضت للأمة ، فالدولة ورئيسها كلاهما أداة لتنفيذ القانون الإلهى فإن فشلت الدولة فى ذلك خانت أمانتها وحادت عن الطريق القويم ، وإذا انتهك الحاكم القانون سقط عن الناس — عند بعض الفقهاء — قيد البيعة له .

وإذن فالسيادة السياسية فى النظرية الإسلامية هى لله تعالى ومظهرها الدنيوى ملك زمنى يشترك فيه التشريع الخالق عن طريق حاكمية عادلة .

أما السيادة القانونية فأهلية تتوفر للدولة وتمارس طبقا لما رسمته الحنيفية السمحاء من حدود وعلامات . وعلى هذا استطيع أن أقول إن الركن القانونى للدولة فى قانون السلام الإسلامى هى السيادة القانونية أى الشخصية القانونية ، ولعل الخلاف الجوهرى بين الشخصية القانونية للدولة فى النظرية الإسلامية والشخصية القانونية للدولة فى النظرية المعاصرة هو أن اختصاص الدولة بالتشريع فى النظرية الإسلامية إنما يمارس عن طريق الاجتهاد السلطانى وليس عن طريق ابتداع القواعد القانونية فى حين أن اختصاص الدولة بالتشريع فى النظرية المعاصرة يكاد يكون مطلقا فهى تستطيع أن تبرم ماتشاء من معاهدات وأن ترسى مايحلو لها من قواعد . ذلك أن فكرة النظام العام فى النظرية الإسلامية ذات سمة إلهية أما فكرة النظام العام فى القانون المعاصر فهى

ذات سمة اتفاقية . وهذا يتسق مع ماقدمت من أن جوهر القاعدة القانونية الإسلامية فى المبادىء العامة هو أصلا قانون طبيعى خاص أما جوهر القاعدة القانونية المعاصرة فهو مزيج غير متميز من القانون الطبيعى (بمفاهيمه المختلفة) والقانون الوضعى بتصوراته المتعددة .

وبناء على أن مدرك السيادة القانونية عديل للأهلية فإن أغلب الظن أن النظرية الإسلامية لاتقر للدولة ولا لرئيسها بحصانة عن تصرفاتها فى دولة أخرى . وأستطيع أن أسوق هنا سابقة جبلة حاكم غسان إذ آلم بدويا فطلب إليه عمرو أن يسترضيه ولم يقر له بحكم منصبه — بتميز على غيره فى الخضوع للقانون . ولعل مرجع ذلك هو أن النظرية الإسلامية لاتقر لعلمائها المسلمين بعلوية فوق القانون فهم يخضعون للقانون كما يخضع غيرهم والقاعدة الأصولية تقر أن الإمام لايكون قاضى نفسه . ولكن سابقة جبلة خاصة بمركز الحاكم المسلم فى إقليم دولة اسلامية أخرى لأن جبلة فعل مافعل وهو مسلم . أما مركز الحاكم غير المسلم فى إقليم دولة اسلامية فالحكم فيه — فى رأيى — هو المعاملة بالمثل أو ما تنص عليه المعاهدات المبرمة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، ولى فى عهد الحديبية سابقة استند عليها إذ نص على أن من يقدم من المشركين إلى المدينة يعاد إلى مكة ومن يذهب من المسلمين إلى المدينة لايجوز طلب تسليمه . فإذا كانت النظرية الإسلامية تحتمل مثل هذا الحكم فإنها تتقبل من باب أول فكرة المعاملة بالمثل أو أن يجرى الاتفاق على النحو الذى تقتضيه مصلحة الدولة الإسلامية .

ولا أحسب أن هناك صعوبة فى أن نلحظ أن الخط الفاصل بين السياسة والقانون فى مدلول السيادة خط رفيع يكاد لايبين لأن السيد الأعلى هو المولى عز وجل والمشرع الأوحد هو الله سبحانه وتعالى ففى الذات الإلهية تختلط الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية فى الدراسات النظرية ، فلا غرو أن تكون الدولة كوحدة سياسية والدولة كوحدة قانونية وجهين لعملة واحدة ومنظورين لفكرة سائدة .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون المحدثون حول مدرك « السيادة » فمنهم من أنكره أصلا ومنهم من أقره وهم فى خلافهم يصدرون عن المفهوم السياسى أى يعالجون السيادة بمعنى السلطة العليا التى لاسلطان فوقها . ثم إن ماقالوه فى هذا الخصوص أدخل فى الدراسات الدستورية للسيادة ، ويناقش عادة ضمن موضوعات مايسميه الفقه الإسلامى «السياسة الشرعية» . ولذا فانى أعرض له بايجاز كتمهيد لمناقشة مدرك « السيادة » فى اطاره الدولى .

يقول الذى ينكر مدرك « السيادة » «إن مسألة البحث فيمن هو صاحب السيادة (أو مصدر السلطات على حد تعبيرهم) فى الدولة الإسلامية تعد مسألة لم يكن يتضح وضعها أى لم يكن ثمة مايبرر اثارتها أو التعرض لها فلم يكن جائزا فيما يعتقد البحث فيمن هو صاحب السيادة فى الدولة الإسلامية .هل هو الله أو الأمة وهل يستمد الخليفة (أو السلطان) سلطته من الله أو الأمة ؟ ولقد أعرض علماء المسلمين القدامى بحق عن هذا البحث وكذلك كان شأن بعض كبار العلماء فى العصر الحديث (كالأستاذ الأمام الشيخ محمد عبده) . والواقع أن مسألة البحث فيمن هو صاحب السيادة — والقول هنا لازال للمنكرين — موضوع نظرية من النظريات لها مغزى معين وخصائص معينة تنسب إليها ونتائج مغنية مترتبة عليها وهى نظرية فرنسية قديمة الأصل وهى لم تكن عرفت بعد فى عصر كبار أهل الرأى ولا فيما تلاه من عصور علماء المسلمين المجتهدين القدامى » (عبد الحميد متولى — مبادىء نظام الحكم فى الإسلام ، الاسكندرية سنة ١٩٧٨ ، ص ١٧٠ — ١٧١) . ويضيف الفقيه صاحب الرأى بأنه لاحاجة لنظرية السيادة وبخاصة سيادة الأمة فى العصر الحديث وأن هناك مساوىء ترتبت على اثارة بعض علماء المسلمين لمشكلة السيادة » وإن اثارتها من قبل علماء المسلمين أدت بهم إلى ابداء آراء وإلى أن ينسبوا إلى بعض الخلفاء أو الفقهاء الآخرين آراء او اتجاهات تسىء إلى الإسلام من حيث لايعلمون ومن حيث لايريدون بل ويؤكد أن مناقشة مدرك « السيادة » يزود خصوم الإسلام بسلاح لمهاجمته وأن الرأى عنده « أنه إذا أريد اثارة هذه المشكلة فليكن لها المغزى السلبى الذى عرفت به نظرية السيادة

بوجه عام (ونظرية سيادة الأمة بوجه خاص) لدى نشأتها فى بداية العهد بها كما قدمنا فنقول إن الدولة الإسلامية فى الإسلام لاسيادة فيها على الأمة لفرد أو لطائفة أو لطبقة ، ومثل هذا التعميم السلبى عن مبدأ سيادة الأمة يحقق لنا المزايا التى تنسب إليه ويجنبنا ماسبق بيانه عن المساوىء التى تؤخذ عليه » (عبد الحميد متولى ـــ المرجع السابق ، ص ١٧٥ ، ١٩٣) .

ويبدو أن منطلق الفقيه فى مناقشة مدرك « السيادة » هو مناقشة مدى تقبل النظرية الإسلامية للمفاهيم الغربية فى السيادة وأن أكثر ماأزعجه من بين تلك المفاهيم هو مدرك « سيادة الأمة » . ولكن بحثى فى السيادة ـــ كما هو على مدى ابحاث هذا السفر ـــ لايقتصر على طرح الأفكار الغربية على المحك الإسلامى فحسب وإنما السعى ايضا إلى تفهم الحكم الإسلامى المقابل وهل ينفى الفكرة اساسا دون أن يقدم لها بديلا أم أن هناك بديل اسلامى يمكن أن يناقش تحت المصطلح ذاته . ومن ثم فإن مدرك السيادة إنما يسعى إلى تفسير أصل السلطة وهو موضوع يمكن أن يجد له مكانا فى الدراسات الإسلامية بل وتعرض له الفقهاء القدامى وإن كانوا قد استخدموا تعبيرات أخرى بغير هذا التعبير . ومن أشهر من تعرض لهذا الموضوع ابن خلدون ولذا فان الكثيرين يشبهونه بمعاصره ماكيافيلى فى التساؤل عن مصدر السلطات ووظيفتها ، ومن ثم فإن كون المصطلح من ابتداع الفقه الفرنسى لايمنع ـــ فى الدراسات الدولية ـــ من أن يكون الموضوع من حيث أصله وفلسفته ـــ محل نقاش الفقهاء المسلمين لأن تحديد أصل السلطة هو من الأمور الجوهرية فى دراسة النظرية الإسلامية . وانتهاء الفقيه إلى نبذ فكرة سيادة الأمة لايعنى أن نطرح عنا فكرة تحديد أصل السلطة فى النظرية الإسلامية سواء جرى ذلك تحت مسمى « السيادة » أم غيره من المسميات .

قد يكون مصطلح السيادة الذى اختاره الفقهاء العرب مقابلا للفظة الفرنسية Souveregnté هو ترجمة لمصطلح فرنسى وتبعا فإن نظرية السيادة نظرية فرنسية فى معناها ولكنها ليست فرنسية فى مبناها ، فقد عرفت الجماعات

والدول فكرة السيادة بمسمى أو آخر على مر الأجيال والعصور . وفى القرآن الكريم دلائل ذلك .

فالآية تقول « وإذا أردنا أن نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها » (الاسراء / ١٦) . ومن ثم فإن الفسق هنا هو فسق الأمراء والأمير فى عصر نزول القرآن — العصر الوسيط — كان يعتبر أنه مالك للدولة بما له من سيادة عليها . وهذه قصة فرعون تدل على أن فكرة السيادة المطلقة كانت معروفة لدى المصريين القدماء . فهو يقول « أليس لى ملك مصر » والملك هنا هو السيادة . ويشرح القرآن الكريم مفهوم ذلك الملك — أو تلك السيادة — بأنه العلو « إن فرعون علا فى الأرض وجعل أهلها شيعا » (القصص / ٤) . بل هو تأله فوق الجميع « وقال فرعون يأيها الملأ ماعلمت لكم من إله غيرى » (القصص / ٣٨) ، وسلطة مطلقة « قال فرعون ماأريكم إلا ماأرى » (غافر / ٢٩) ، والفرعون هو مصدر السلطات كلها « وقالوا بعزة فرعون إنا لنحن الغالبون » (الشعراء / ٤٤) . إن كل هذه التفاصيل هى مايقال عند شرح مدرك السيادة المطلقة التى لاتعلوها سلطة . وليس عدم استخدام مصطلح السيادة بمبرر للقول بأن النظرية كانت بدعا فرنسيا . ومع كل فإن العرب قد عرفوا هذه النظرية بمسميات مقاربة مثل السؤدد ، فلو أن من ترجم التعبير الفرنسى فى البداية كان قد عربه فاستخدم اللفظ العربى الذى استخدمته العرب منذ عهد الجاهلية لما كان هناك مجال لقصر نظرية السيادة على الفكر الفرنسى وحده .

أما الذين يقرون مدرك « السيادة » فقد تباينت آراؤهم فى تفسير مصدر السيادة :

١ — فهناك فريق يرى أن الأمة هى مصدر السيادة ، وسنده فى ذلك أن الأمة هى صاحبة الحق فى توجيه الحاكم ونصحه ومساءلته ومن ثم فهى الأصيل ورئيس الدولة نائبها والمنطق يقضى بأن يكون مصدر السيادة هو الأصيل وليس الوكيل (عبد الوهاب خلاف — السياسة

الشرعية ، ص ٢٨) . ولهذا الرأى اصالته غير أنه يقصر بمفاهيمه دون حل بعض المشكلات العملية وأهمها تكييف طبيعة السلطة العامة فى الدولة ..

٢ ـــ وهناك فريق آخر يرى أن الله وحده هو مصدر السيادة لأنه هو الحاكم الحقيقى فليس فى الدولة الإسلامية سلطة إلا سلطة الله عز وجل باعتبار أن سلطة الأمر والحكم والتشريع كلها مختصة به وحده . وقد انحاز مؤتمر العلماء الإسلامى الذى عقد فى كراتشى سنة ١٩٧٠ إلى هذا الرأى إذ تنص المادة الأولى من المشروع الذى اقترحه عن المبادىء الأساسية للدولة الإسلامية على مايلى « أن الحاكم الحقيقى ـــ من حيث التشريع والتكوين ـــ هو الله رب العالمين » (فؤاد محمد النادى ـــ مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى ـــ القاهرة ١٩٧٣ / ١٩٧٤م، ١٣٩٣/١٣٩٤ هـ ، ص ٤٠ ـــ ٤١) .

٣ ـــ وهناك فريق ثالث لايستبعد السيادة الشعبية كلية وإنما يجمع بينها وبين السيادة الإلهية ويبنى هذا الفريق نظريته على أساس التفرقة بين النص القطعى والنص الغامض أو الفاقد فإذا كان النص قطعيا كانت السيادة لله أما فى حالة النص الغامض أو عند عدم وجود نص يحكم القضية فإن السيادة تكون شعبية ، وفى قول آخر فإن اصحاب هذا الاتجاه يقرون لأفراد الأمة بسيادة شعبية محدودة ولذا فإنهم يعتبرون أن كل فرد من الأمة بمثابة خليفة عن الله فى ذاته . وينتصر الفقيه الباكستانى المعروف أبوالأعلى المودودى لهذا الرأى . وللرأى وجاهته لولا أنه أفرط فأضفى بعضا من السيادة على كل فرد من أفراد الأمة . وتفتيت السيادة على هذا النحو لايؤمن معه الإبقاء على وحدة الدولة والبعد بها عن الفوضى .

٤ ـــ وتذهب مدرسة رابعة إلى أن ارادة الله العليا هى وحدها مصدر السيادة لايشاركها أحد لأن السيادة لاتتجزأ ويرفض إشراك افراد الأمة فرادى مع الله فى بعض مظاهر السيادة لأن السيادة لاتكون إلا فى حق

الغائب ، أما فى حق الحاضر وهو الله فأمر لايسلم به الفقهاء . ومن ثم فإن ممارسة السلطة فحسب هى التي يقوم عليها المحكومون ، بيد أن هذا ليس حقا لفرد معين أو لطائفة معينة وليس هذا سيادة بل هو ممارسة لواجب كفائى يقع على الأمة بأسرها لأن النظرية الإسلامية تفرض وجوب قيام سلطة عامة لصالح المسلمين وعندئذ يمكن أن نقول إن الإمام وكيل عن الأمة فى ممارسة هذه السلطات (فؤاد محمد النادى — المرجع السابق ، ص ٥٢ — ٥٧) .

وقد تناول استاذنا الدكتور حامد سلطان مدرك السياده بمفهومه الدولى — فربط بين السيادة والتنظيم الدولى ولذا يناقش التنظيم الدولى الإسلامى وتطور فكرة انقسام العالم إلى دار إسلام ودار حرب تحت عنوان « السياده فى الشريعة الإسلامية » . ويقرر أن علاقات الدولة الإسلامية بغيرها من الدول هو المظهر الخارجى لمبدأ السيادة فى التنظيم الدولى ويرى أن العلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب تقوم على الأمان وأن الأمان نوعان : أمان مؤقت وأمان دائم وأن المؤقت نوعان : أمان خاص وأمان عام .

أما الأمان المؤقت الخاص فهو مايبذله المسلم فى مقابلة لواحد أو لجمع محصورين وأما الأمان المؤقت الدائم فهو مايبذل لغير المسلمين وهو حق لايملكه إلا الإمام . وفى حكم هذا الأمان المؤقت العام المهادنة .

أما الأمان الدائم فهو مايثبت بعقد الذمة ويتولى هذا العقد من قبل المسلمين الإمام أو نائبه وهو إنما يصح على أهل الكتاب ومشركى غير العرب . ويعلن بأن الأمان الدائم أو المؤبد يدخل فى نطاق القانون العام الداخلى ولاشأن له بعلاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى غير الإسلامية (حامد سلطان — أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ١٠٧ — ١١٢) .

ولكنى اتجه فى هذا البحث إلى مناقشة مدرك « السيادة » فى قانون السلام الإسلامى منفصلا عن التنظيم الدولى الإسلامى من حيث أن الدراسات

المعاصرة تفرق الآن بين القانون الدولى والتنظيم الدولى وهى تفرقة اعتمدتها فى تحديد إطار هذه الدراسة منذ البداية ولذا وجهت جل اهتمامى إلى أحكام القانون الدولى الإسلامى فحسب وتركت التنظيم الدولى الإسلامى لدراسة لاحقة وللدراسات التى قام بها بعض الفقهاء المحدثين .

أعود إلى ماقدمت وهو أننى اناقش السيادة هنا بمفهومها القانونى . وهنا ألاحظ كما أسلفت أن القرآن الكريم قد ذكر السيادة على أنها لله تعالى . ولكن شاءت حكمة الله أن يفوض فى بعض هذا الملك أثناء الحياة الدنيا « والله يؤتى ملكه من يشاء » (البقرة / ٢٤٧) . وأن ينفرد بالملك وحده فى الأخرة « لمن الملك اليوم للواحد القهار » (غافر / ١٦) .

إن الشطر من الملك الدنيوى الذى يؤتيه الملك من يشاء هو استخلاف زمنى بمعنى ملك البشر على البشر ملك زمنى مشتق من الارادة العليا . والخلافة واضحة فى قوله تعالى « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض » (ص / ٢٦) ، واقتصار ملك البشر على الدنيا تؤكده فى كل مرة ينسب فيها الملك لبشر ، وقد قدمت أدلة عن ذلك فى الآيات التى تتحدث عن فرعون ويوسف وسليمان ، وعلى هذا يمكن أن نصف حكم الرسول لدولة المدينة بأنه صورة خاصة من الملك لأن رئاسته لها قد زيد عليها بنبوته فأصبحت — على حسب تعريف ابن خلدون ملكا . وقد انتقلت السلطة بوفاة الرسول بغير استخلاف إلى الأمة فاختارت الأمة ممثلة فى أهل الحل والعقد أبا بكر خليفة للرسول. ويستنبط البعض من هذه السابقة قاعدة تقول إن من تختاره الأمة يختاره الله .

وفى قول آخر فانهم اعتبروا — كما ذكرت آنفا — أن السلطة — فيما عدا التشريع — قد فوضت للأمة أو للدولة أما السلطة العليا والقدرة القاهرة فهى لله . وهذا مؤداه أن السلطة الزمنية إذ تستمد مقوماتها من العلى القدير إنما تخضع لاشرافه المباشر فرئيس الدولة والدولة كلاهما أداة لتنفيذ القانون الإلهى على الناس فإن فشلت الدولة فى تطبيق القانون خانت الغاية المرجوة منها وأن انتهك الحاكم القانون أسقط عن الناس عبد بعض الفقهاء قيد البيعة له كما أسلفت .

وإذن فالسيادة بمعناها السياسى هى دائما لله لأنه هو الإرادة التى لاتعلوها إرادة وهو القاهر فوق عباده . أما السيادة بمعناها القانونى فتختلف فى المجال الداخلى عنها على الصعيد الدولى .

إن مظهر الملك الداخلى هى الحاكمية « فاحكم بين الناس بالحق » أى هى سلطان يمارس بالعدل . ومن ثم فإن السيادة الداخلية . التى تتمتع بها الدولة على رعاياها — أو التى يمارسها الإمام على الناس هى حاكمية فى شئون الدنيا فحسب أما شئون الدين فهى حارسة عليها أمينة على مراعاتها واحترامها .

وهكذا تختلف السيادة السياسية فى النظرية الإسلامية عنها فى النظرية الوضعية من حيث :

(١) أن النظرية الإسلامية تفرق بين السيادة والحاكمية فالسيادة لله والحاكمية للبشر أما النظرية الغربية فتجعل السيادة للدولة وحدها .

(٢) صاحب السيادة فى النظرية الغربية — على مايقول به الجمهور — هى الدولة كشخص معنوى أما صاحبها فى النظرية الإسلامية فهى الذات الإلهية .

بيد أن من أصحاب النظرية الوضعية قلة من لاهوتيين أخضعوا إرادة الأمير لإرادة الله ، وقد ولى زمان هؤلاء لاسيما بعد أن فصلت الدولة الغربية الدين عن الدولة وأصبح الاجماع الآن على أن ارادة الدولة لاتعلوها أرادة أخرى .

أما على الصعيد الدولى فإن الدولة هى التى تمارس العلاقات الدولية وهى التى تكتسب الحقوق وتلتزم بالواجبات ومن ثم فإن الدولة تتمتع بأهلية التصرف والادارة فى المجال الدولى .

ولما كانت الدولة شخصا معنويا — أى حيلة من حيل القانون — فإن الشخصية التى تتمتع بها هى من خلق البشر وتبعا فإنها تمارس أهلية ابتدعها البشر وهى أهلية تجعلها صالحة لكسب كافة الحقوق الدولية والالتزام بكافة الواجبات الدولية . وهى اهلية تمارس حيال غيرها من الدول على قدم المساواة

دون الخضوع لسلطة زمنية مركزية . ولما كانت السيادة هي المصطلح الذي أطلقه على الأهلية الدولية الكاملة فإنني أقول إن الدولة تتمتع بسيادة قانونية . بيد أنها سيادة مشتقة من سيادة أصيلة فالسيادة الأصيلة هي سيادة المولى عز وجل . وبدهي أن تهيمن السيادة الأصيلة على تصرفات السيادة المشتقة عن طريق البشر من عباد الله لأن قهره تعالى إنما هو فوق عباده من الأشخاص الطبيعين . ومن ثم فإن السيادة المباشرة أو المشتقة في العلاقات الدولية تكون للدولة أما السيادة غير المباشرة أو الأصيلة فهي لله عز وجل . وإذن فالنظرية الإسلامية تقر للدولة بأهلية قانونية ولكنها تحكم تلك الأهلية بأحكام الشرع المبين .

وهكذا فإن سيادة الدولة في الداخل حاكمية وفي الخارج سيادة مشتقة ذلك أن الدولة تملك في الداخل حكما على رعاياها أي الذين لها عليهم حق الطاعة والولاء أما في الخارج فإن الدولة تمارس أهليتها ــ أي سيادتها ــ حيال قرينات تتعامل معها على قدم المساواة وليس لدولة أهلية تحكم أهلية غيرها من الدول وإنما الذي يحكم الأهلية هو قانون الله وارادته العليا .

٣ ــ العنصر الاجتماعي (الشعب) :

قد يكون من الطلي أن نبدأ بكلمة عن طبيعة المجتمع الذي يبعث فيه رسول ، وقد يكون من الطلي أيضا أن نذكر منذ البداية أن مدرك المجتمع كان بعيداً عن اذهان العرب الذين بعث الرسول فيهم اللهم إلا التنظيم القبلي . والقبيلة كانت جماعة من الناس ينحدرون من سلف واحد وجد مشترك . وقد عرف العرب في مرحلة من تاريخهم صورة القبيلة الأموية حيث كانت العصبية تنسب إلى الأم ، وإلى الأم ينسب عرب الأوس والخزرج الذين كانوا يسمون ــ قبل أن يصبحوا أنصارا ــ بني قيلة وهي الجدة السلف . ويستخدم العرب عدة ألفاظ لتسمية الجماعات التي ترتبط برابطة القربى ولعل أكثرها استخداما في القرآن هي لفظة « القوم » وكان العرب يسيرون إلى تلك الرابطة بنسبة القوم إلى أصلهم فيقال « بنو فلان » . ولكل قبيلة أو بطن من

القبيلة سيد ولعله كان هو الأفضل خلالا من بين افراد القبيلة ، وللسيد سلطات فهو مثلا الذى يقرر متى تنتقل القبيلة من مرعى إلى مرعى وإن كان الغالب هو أنه سيد بين قرناء primusinter pares .

وقد تمتد الرابطة القبلية إلى اناس لاتجمعهم بأفراد القبيلة رابطة القربى : هؤلاء قد يكونون أحلافا أو مجاورين (أى جوار حماية) أو موالاة . وقد يقوم الحلف بين القبائل . وهكذا فإن رابطة الدم ــ أو مايعد فى حكمها ــ كانت أساس القبيلة ولم تكن العقيدة هى أساس تلك الرابطة ــ ولذا فإن الآيات القرآنية الأولى كانت تتكلم عن أن الرسول مرسل إلى قوم « ولقد فتنا قبلهم قوم فرعون وجاءهم رسول كريم » (الدخان / ١٧) . « قال ياقوم إنى لكم نذير مبين » (نوح / ٢) « قال رب إنى دعوت قومى ليلا ونهارا » (نوح / ٢ ، ٥) .

-فلما أنكر القوم محمدا اتجه القرآن إلى استخدام مصطلح آخر كمسمى لجماعة الرسول ذلك هو « الأمة » و « الأمة » كلمة عبرية تعنى « القوم » أو « القبيلة » ولذا قد يصعب على المفسر أن يجد خلافا فى المعنى بين لفظى « قوم » و« أمة » . وإنما جاء المسمى الجديد ليميز قوم العقيدة الجديدة من الجاهلية « ولكل أمة رسول فإذا جاء رسولهم قضى بينهم بالقسط وهم لايظلمون » . « قل لا أملك لنفسى ضرا ولا نفعا إلا ماشاء الله لكل أمة أجل إذا جاء أجلهم لايستأخرون ساعة ولايستقدمون » (النحل / ٣٦) . « إنا أرسلناك بالحق بشيرا ونذيرا وإن من أمة إلا خلا فيها نذير » (فاطر / ٢٤) . إن ربط الرسالة بالأمة فى هذه الآيات لابد أن يعنى أن للأمة دورا فى تبليغ الرسالة ولذا فإن الأمة لاتتشكل من المؤمنين فحسب بل إن فى كل مجتمع فريقا لايؤمنون « ويوم نحشر من كل أمة فوجا من يكذب بآياتنا فهم يوزعون » (النمل / ٨٣) .

ويتكلم القرآن الكريم عن يوم القيامة فيذكر أن كل أمة ستلقى حسابا وتنال جزاءها « وترى كل امة جاثية كل امة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ماكنتم تعلمون » (الجاثية / ٢٨) ، « ويوم نبعث من كل امة شهيدا ثم

لايؤذن للذين كفروا ولاهم يستعتبون » (النحل / ٨٤) . « ونزعنا من كل امة شهيدا فقلنا هاتوا برهانكم فعلموا أن الحق لله وضل عنهم ماكانوا يفترون » (القصص/٧٥) . « كلما دخلت أمة لعنت أختها حتى إذا ادركوا فيها جميعا قالت أخراهم لأولاهم ربنا هؤلاء أضلونا فآتهم عذابا ضعفا من النار قال لكل ضعف ولكن لاتعلمون » (الاعراف / ٣٨) .

وقد نلحظ فى الآيات الكريمة أنها استخدمت مصطلح « الامة » فى عدة معان متغايرة ولكنها فى مجموعها تشير إلى مجموعة فنية ولغوية ودينية تستهدف التحرر من قيود دنيوية ولذا سميت الأمة الإسلامية بالامة الوسط كما وصف المسلمون — شريطة اطاعة الله — بأنهم خير أمة أخرجت للناس .

إن هذا التركيز فى الحكم على الجماعة متميزا من الحكم على الفرد يدفع البعض — بالاضافة إلى ماقدمت — إلى القول بأن رابطة الأمة كانت رابطة طبيعية اكثر منها دينية .

بيد أننا إذا رجعنا إلى دستور المدينة نجد أن السمة الدينية كانت هى الخلفية الأساسية التى نظمت بها الأمة الإسلامية ولذا فإن أولئك الذين رغبوا فى الإسلام ولم يكونوا من افراد إحدى قبائل المدينة إنما كانوا يلحقون بالرسول وأصحابه من المهاجرين أو باحدى القبائل الأخرى . وتبعا فقد اعتبر اليهود فى صحيفة المدينة — وهم أهل الكتاب — أنهم امة . والحق أن القرآن يطلق تعبير « الأمة » على أهل الكتاب احيانا « ومن أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون » (آل عمران / ١١٣) . ولذا فهناك من يقول إن تعبير « أمة » يطلق على كل مجموعة ذات عقيدة مشتركة .. ولعل هذا هو الغالب على المفهوم السياسى العام المعاصر لمدرك الأمة . فلما استقرت الأمور للرسول ظهر تعبير جديد لوصف شعب الدولة الإسلامية ألا وهو « الجماعة » أو « جماعة المسلمين » أو « حزب الله » .٩ وقد وردت لفظة « الجماعة » فى المعاهدات التى أبرمها الرسول فى أواخر حياته ، أما اصطلاح « حزب الله » فقد استخدمه القرآن الكريم « رضى الله عنهم ورضوا عنه أولئك حزب الله ألا

إن حزب الله هم المفلحون » (المجادلة / ٢٢) . ولكن الذى غلب على لغة الفقهاء عند معالجتهم للعنصر الاجتماعى فى الدولة الإسلامية هى لفظة « الأمة » ولذا فإنى أستعير هذا التعبير هنا وأنا بصدد الكلام عن شعب الدولة الإسلامية . وإنى إذا استخدم مصطلح « الامة » فى هذا المعنى لا أجرده من المدلول الدينى لأن مدرك القبيلة وإن خلف بصماته على التنظيم الاجتماعى الإسلامى إلا أن القبيلة الإسلامية هى قبيلة العقيدة وليست قبيلة الدم فهى الجماعة التى تشكل عروة وثقى يتمسك بها المسلمون ويتناسون فيها عنجهية العرق واللون والنسب « منهم أمة مقتصدة وكثير منهم ساء مايعملون » (المائدة / ٦٦) « ولكل امة جعلنا منسكا هم ناسكوه » (الحج / ٦٧) ، « وقطعناهم فى الأرض أمما منهم الصالح ومنهم دون ذلك » (الاعراف / ١٦٨) . والحق أننا لانستطيع أن ندعى أن هناك تعبيرا معينا قد استخدمته النظرية الإسلامية للاشارة إلى المفهوم الفنى للعنصر الاجتماعى للدولة لاسيما فى المرحلة المبكرة لتطور القانون الدولى الإسلامى. بيد أننى استملح استخدام لفظ . « الأمة » لدقة فحواه فى النظرية الإسلامية دليلا على أنه يستق مع تعبير مماثل تجرى به لغة القانون الدولى المعاصر .

فإذا قلت إن شعب الدولة الإسلامية يطلق عليه فى النظرية الإسلامية اصطلاح « الأمة » فان الامة فى الدولة الإسلامية تحوى ثلاث فئات :

١ ــ أمة المسلمين « كنتم أمة أخرجت للناس » (آل عمران / ١١٠) .

٢ ــ أمة أهل الكتاب « من أهل الكتاب أمة قائمة » (آل عمران / ١١٣) .

٣ ــ أمة المشركين « وأمم سنمتعهم ثم يمسهم منا عذاب أليم » (هود / ٤٨) .

إن هذه التقسمة لاتعنى ايجاد فواصل تهدم الوحدة الاجتماعية لشعب الدولة الإسلامية ولكنى ألمحت إليها لاننى قدمت بأن مدرك « الأمة » له مغزى دينى ولذا أحببت أن اوضح أن هذا المغزى الدينى لايفيد أن مدرك « الأمة » فى

النظرية الإسلامية يستبعد من تلك « الأمة » من ليس مسلما ، بل هو — كما قدمت — يستقطب أمتي الكتابيين والمشركين ويحنو بهما فى بوتقته .

وذلك هو حكم الدنيا أما فى الآخرة فالامر بيد الله وهو وحده العالم به « كل أمة تدعى إلى كتابها اليوم تجزون ماكنتم تعملون » (الجاثية / ٣٨) ، ذلك أن العلاقة التى تربط بين هذه الفئات تصفها الآية الكريمة « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وإذن فالبر والقسطاس هما حجر الرحى التى تدور عليها العلاقة فى المجتمع الإسلامى بين أمة الإسلام وغيرها من الأمم التى تعيش معها على الإقليم الإسلامى مابقيت تلك الأمم بعيدة عن مناجزة الدين ومجاهدة اصحابه بالقوة . والبر لغة هو الخير وهذا معنى لابد أن تعززه السمة الدينية لمدرك الامة . أما البر فى القرآن الكريم فهو « من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين » ، (البقرة/١٧٧) . « البر من اتقى » ، (البقرة / ١٨٩) . وإذن فالبر فى القرآن بر عقيدى نجمله فى ايجاز مبدع لفظة « التقوى » أى أن على المسلمين فى معاملاتهم لأهل الكتاب والمشركين الذين ينطبق عليهم الحكم السالف — أن يتقوا الله . والتقوى هنا ليست العبادة فحسب وإنما هى التقوى فى كافة مناحى المعاملات البشرية . ومن ثم فإن القسطاس يدخل فى مفهوم هذه التقوى . وهكذا نجد أن التقسمة السالفة إنما تناقش قيام مجتمع اسلامى يتكامل أفراده فى حلقة البر والقسطاس . بيد أن هذه التقسمة ليست هى التى ارتآها الفقه التقليدى ولذا فإننى اناقش الآراء الكلامية فى الأسطر التالية :

ممن يتكون شعب الدولة الإسلامية :

وضعت الشريعة الإسلامية أسسا لحياة اجتماعية جديدة ورسمت ملامح نقلة كبرى للمجتمع العربى من الواقع الوثنى إلى الدور الحنيفى وخرجت بأمة العرب من الظلمات إلى النور فكانت خير أمة أخرجت للناس .

وقد رسم الرسول ﷺ الخطوط العريضة لبناء الهيكل الاجتماعى الإسلامى الذى انطلق ليكون الدولة العربية الإسلامية الكبرى وقد تحلل من العقدة التى كانت تضم أخلاطا بشرية وأجناسا متعددة .

ولكن النظرية التقليدية تميز فى المجتمع الإسلامى الأول عنصرين رئيسين هما : العرب وأهل البلاد المفتوحة .

أ ــ العرب ، وهم العنصر الذى كان يستوطن أساسا الجزيرة العربية ، ثم ساح محاربا فى البلاد المفتوحة عبر موجات الحملات العربية الإسلامية حيث آثر بعض هؤلاء الاستقرار فى حواضر وأمصار الأقطار التى غزوها ولم تشتغل منهم بالزراعة سوى قلة ــ ولذا يذكر الأب لامنس أن عدد العرب فى الشام لم يكن يزيد فى القرن الأول الهجرى على مائتى ألف نفس من مجموع السكان البالغ عددهم ثلاثة ملايين ونصف المليون وقد تركزمعظمهم فى المدن ، أما فى مصر فقد استقر عدد كبير من المحاربين ــ وإن كانوا يمثلون قلة بالنسبة لأهل البلاد ــ واختطوا لانفسهم مدينة عربية اسلامية وسط المحيط القبطى ونزل بعض العرب إلى الاسكندرية وضواحيها وتكاثرت الهجرة العربية إلى مصر لقربها من جزيرة العرب وبلاد الشام . ولكنهم ظلوا على عزلة عن المصريين إلى بدايات القرن الثالث الهجرى حيث بدأوا فى الانتشار فى الأرياف والاختلاط بالمصريين ومصاهرتهم واحتراف الزراعة والصناعة والتجارة .

وكان للعنصر العربى المكان الأول على عهد الأمويين ولكن عرى العصبيات العربية بدأت فى التفكك وتفتت سلطانهم تدريجيا فى ظل العباسيين .

وقد غلبت جموع البربر على العرب فى الأندلس بعد أن افتتحه طارق بن زياد . على عكس بلاد المغرب التى وفد إليها كثرة من العرب زاد عددهم فى القرن الخامس الهجرى بسبب هجرة بنى هلال وبنى سليم اليها من مصر .

ب ــ أهل البلاد المفتوحة ، وينطوى هؤلاء على ثلاث فئات هم :

١ ـــ أهل الذمة ، وهم الذين بقوا على دينهم وسموا بالرعية أى الذين أصبحوا فى ذمة العرب أو فى رعايتهم وعرفوا أيضا بأهل الكتاب . ويدخل فى هؤلاء النصارى واليهود والمجوس والصابئة . وكان مفروضا أن يكون الأمان الذى عقده الرسول ﷺ لأهل نجران هو النموذج الأول الذى يحتذيه المسلمون لإقرار حقوق أهل الذمة فى بلاد الإسلام « ولكن نسب إلى عمر بن الخطاب أنه وضع شروطا لأهل الذمة تنظم تصرفاتهم فى المجتمع الإسلامى عرفت بالشروط العمرية ، ثم زاد عليها الفقهاء والخلفاء شروطا اخرى مثل الزى . وكان يطلق على أهل الذمة فى الاندلس أيضا المعاهدة والعجم والمستعربة ، وفى المغرب الافارق وهم بقايا الفنيقيين واللاتين وكانوا يشتغلون بالصناعة والزراعة ، وتولى بعضهم مناصب هامة فى الدولة .

أما فى مصر فقد كان معظم من لم يدخل فى الإسلام من أهلها من الأقباط وكان العرب يعاملونهم معاملة حسنة بسبب انضمام عدد كبير إلى جانب العرب .... كذلك تمتع النصارى فى العراق فى العصر العباسى بتسامح دينى من قبل السلطة الحاكمة وزادت أعدادهم وسكنوا محلات خصصت لهم ... ومن أهل الذمة فى العراق الصابئة » . (يحيى احمد الكعكى ـــ معالم النظام الاجتماعى فى الإسلام ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص ١٠٢ ـــ ١٠٣) .

٢ ـــ المسالمة ، وهم الذين بادروا إلى اعتناق الإسلام من أهل البلاد المفتوحة وسموا بالموالى من حيث أنهم يدينون للعرب بالولاء . وكان معظمهم فى العراق وفارس والمغرب . وكانوا يؤلفون فى الشرق العربى حزبا معارضا للأمويين يقوم أساسا على العنصرية الجنسية أو الشعوبية لأن الدولة الأموية أقصتهم عن أمور السلطان واعتمدت على العرب حتى اشتد ساعدهم وانقلبوا على الامويين واسقطوهم . أما فى المغرب فقد انتشر الإسلام بين البربر حيث تفانى الولاة فى بذل الجهد لتفقيه البربر فى علوم الدين حتى يقوم اسلامهم على أساس متين وربما كان الاختلاف مرجعه بعد المغرب عن دار الخلافة .

٣ ــ المولدون ، وهم أبناء العرب من نساء مسيحيات ، وكان لهم شأن بارز فى الاندلس بسبب إقبال العرب هناك على الزواج من البشكنسيات الشماليات ولذا قويت عصبية المولدين فى الاندلس وكانت بينهم نزعة التحزب لعرقهم الاسبانى .

ويمكن أن نضيف إلى هؤلاء : (١) المتجنسين ، فقد ورد فى بعض كتب الفقه (مثل تحرير الاحكام فى تدبير أهل الإسلام لبدر الدين بن جماعه) أن تميز المسلمين فمن ليسوا مقيمين بالدولة الإسلامية يجوز لهم إذاما مأأقاموا فيها أن يطلبوا التجنس ويجوز للامام أن يمنحهم الجنسية . ويبدو أن هذا هو الذى كان معمولا به فى زمانه وأن الأمام كان يعين للمتجنسين من بينهم من يقوم بمراقبتهم وتسجيل نشاطهم . والقول عندى أن اقرار نظام التجنس هذا وإن استمد صورته العامة من مدرك الذمة ــ إلا أنه يعنى وبل ينهى مفهوم الذمة لأهل الذمة . (٢) كذلك الزوجة التى تتزوج من مواطن دولة اسلامية فانها تكسب جنسية الدولة الإسلامية . ومن ثم فلو أن زوجين جاءا إلى دولة اسلامية وأقاما فيها واكتسب الزوج جنسية الدولة الإسلامية فإن تلك الجنسية تنصرف إلى الزوجة أيضا . ولكن العكس غير صحيح بمعنى أن الزوج لايكتسب جنسية زوجته .

وتقسيم شعب الدولة العربية على هذا النحو يكشف فى نظرى عن نعرة عربية غير اسلامية لعل مرجعها مافرضه عمر بن الخطاب على العرب من عدم الاختلاط بشعوب البلاد المفتوحه ولاأحسب أن عمرا قصد بذلك أن يفارق بين المسلمين وبعضهم البعض وهو الذى كان يسمى بلال الحبشى بأنه سيدنا وأنما أراد أن يحفظ للاسلام دفعته القوية فى مرحلته الأولية بالابقاء على نقاء العروق العربية المناضلة .والصحيح عندى أن شعب الدولة الإسلامية يتكون من فريقين المسلمين والكتابيين ويمكن أن اضيف إليهما ــ وبصفة عارضة ــ المستأمنين ذلك أن المسلمين لايتفاضلون فيما بينهم بالعرق وإنما يتفاضلون بالتقوى « إن اكرمكم عند الله اتقاكم » (الحجرات / ١٣) .

ولا غرابة أن يكون ذلك التقسيم الشاذ من وراء حركات التذمر التى تحكى بعضه قصص الفرقة بين المسلمين . ثم إن الرسول ﷺ قد اتبع هذا التقسيم الثانى فى تكوينه لشعب يثرب . إذ جعل من المؤمنين انصارا ومهاجرين ــ أمة ومن اليهود ــ وهم أهل الكتاب فى المدينة ــ أمة .

وأكاد أحس بأن هناك من يهمس فى اذنى متسائلا : وماذا عن الرقيق ، أليسوا من شعب الدولة الإسلامية ، وأجيب على الفور بأنه لا رق فى الإسلام فليس فى القرآن الكريم ولا فى الحديث الشريف ماينظم قواعد لاسترقاق البشر ولكن الوحى الإلهى اهتم بتنظيم حالة الارقاء.والرق صورتان : رق كان العرب يمارسونه قبل الإسلام ، ورق استحدثه العرب بعد الإسلام .

أما رق ماقبل الإسلام فكان جزءا من اقتصاد المجتمع العربى ولذا لم يشأ الإسلام أن ينهى هذا الوضع فجأة فيهتز بذلك كيان المجتمع الإسلامى سواء بالنسبة للسادة أم للرقيق ولكنه عالجه ــ شأن غيره من المشكلات ــ بسياسة التأنى والحرص ففتح الباب على مصراعيه لتصفية ذلك الوضع وأكثر من الاحكام التى تفرض على المسلم تحرير الرقبة .

أما رق مابعد الإسلام فقد دخل النظرية من باب خلفى فتحته رواسب العصور المنحدرة ، ولذا جاءت عبارات القرآن فى شأنه بصيغة الماضى . ولاأحسب أن هذا الباب الخلفى سوى الواقع الدولى فى حقبة بعينها كان فيها الرق نظاما جاريا وعملا ساريا اكتوى به المسلمون فاسترق اسراهم وبيعوا فى الاسواق . ويحكى ابن جبير فى رحلته عن الرقيق المسلمين من الأطفال والنساء الذين يقاسون شظف العيش فى أسواق ايطاليا . ومن ثم فلم يكن أمام المسلمين سوى المعاملة بالمثل ولكنها كانت معاملة بالمثل فى اباحة الاسترقاق فقط ، وكان البون شاسعا بين انسانية الرق فى الإسلام وبربريته لدى الاعداء . أما والرق نظام طارىء على الإسلام فطبيعى أن يزول بزوال مبرراته وينقضى بانقضاء مسبباته . ولما كانت الجماعة الدولية تشجب الرق اليوم ولاتقره

فلا مراء أن يسقط الرق من بين خيارات الإمام في معاملة الأسرى . وإذن فلا يجوز للمسلمين اليوم أن يسترقوا أسراهم وإلا خرجوا عن حكم دينهم .

وحيث يكون الرق مباحا فإن الإسلام يحيطه بسياج من انسانية فياضة ورقة بالغة تكاد تسمو بالاسير إلى مستوى سيده فهو ليس بالعبد وإنما يطلق عليه الفتى أو الغلام فقد كان الرسول ينصح بقوله « لاتقل عبدى وأمتى ولكن قل فتاى وفتاتى » وفى القرآن الكريم «فمن ماملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات » (النساء / ٢٥) . وتصح امامة الرقيق للصلاة ، وكان للسيدة عائشة عبد يؤمها للصلاة . وفى تكريمه يقول القرآن الكريم : « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا » ويقول الرسول « تواصوابالاسارى خيرا » . وبلغ من مجاملة المسلمين لاسرى بدر أن كانوا يطعمونهم التمر ويأكلون هم الخبز .

روى عن أبى ذر أنه سئل لم لا يأخذ برد غلامه إلى برده فيكون حلة ويكسوه ثوبا غيره فقال : سمعت رسول الله يقول : هم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليكسه مما يكتسى ولايكلفه مايغلبه فإن كلفه مايغلبه فليعنه » .

ويقول أبو يوسف بحسن معاملتهم وتقديم الطعام واللباس لهم على نفقة الدولة « إنما نطعمكم لوجه الله لانريد منكم جزاء ولا شكورا » .

وقد منع الإسلام ايذاء الرقيق حتى أنه جعل كفارة الرقيق الذى يظلم أن يعتقه سيده كما سمح للرقيق بأن يكاتب سيده على حريته ووضع لذلك أحكاما تكاد تفرض إرادة الرقيق على سيده « فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » (النور / ٣٣) وتصبح الأمة أم الولد حرة بموت سيدها فقد حررها ولدها .

وإذا كان إسلام الرقيق لايرفع الرق عنه خشية ألاعيب المنافقين فإن الإسلام قد ضيق منافذ تحقق الرق وفتح أبواب العتق على مصراعيها وكأنه يريد لهذا النظام أن يندثر تلقائيا .

إن الرق فى الإسلام نظام لايشنى فى بيانه بصحة اسطر بيد أن تفصيل أحكامه يخرج عن نطاق هذا البحث ولذا اجتزىء بما قدمت وماقصدت إلا أن أوضح أن الرق نظام طرأ على النظرية الإسلامية فتلقته بمفهوم انسانى صادق وشكلته فى اطار سام نبيل يجعل الرق من الرقة وليس من الاسترقاق . فلا عجب أن يذكر الرسول الرقيق وهو على فراش الموت فيهيب بأمته قائلا « اتقوا الله فى الضعيفين المرأة والرقيق » . وتلك على كل مرحلة من التاريخ قد ولت وانقضت ومادام أن الجماعة الدولية قد لفظت نظام الرق فهى إذن قد ذهبت به إلى غير رجعة وقد خلا العالم الإسلامى اليوم من مظاهر ذلك الرق وزالت آثاره .

ويذهب الفقه الدولى المعاصر إلى أن شعب الدولة لابد أن يجمع الجنسين معا حتى يكون صالحا بذلك للبقاء فلو أن جماعة الدولة تكونت من جنس واحد ــ شأن الفاتيكان لايفرق بين الدول كثيرة السكان والدول قليلة السكان من حيث المركز القانونى ومايتصل به من حقوق وواجبات . ولكن يبدو أن هذا لم يعد هو الاتجاه العالمى المعاصر إذ أن مسلك الأمم المتحدة تجاه بعض الوحدات التى طلبت الانضمام إليها وبحث الهيئة العالمية فى مدى توافر وصف الدولة فى تلك الوحدات يكشف عن أن منتظم الأمم المتحدة لايميل إلى قبول وحدات ذات كثافة سكانية هزيلة لان مثل هذه الوحدات لاتصلح للقيام باعباء الدولة فى المجتمع الدولى الأمر الذى يدعونى إلى القول بأن عدم اشتراط عدد معين من السكان لم يعد من مسلمات القانون الدولى المعاصر .

وتلك أفكار سبقت إليها النظرية الإسلامية فالآثار والممارسة تشير إلى أن النظرية الإسلامية وإن أطلقت على الدولة مسمى القرية لتعان عن تقبلها للدولة فى أصغر صورها إلا أنها لم تغفل بذلك عن شرطى التناسل والكثرة فى الشعب .

أما التوالد فدليله قول الرسول ﷺ « تنكاحوا تناسلوا فإنى مباه بكم الأمم » . وإذن فالأمة الإسلامية فى التصور الإسلامى لابد أن يتوافر لها عنصر

التناسل حتى تبقى قوية الشكيمة مرهوبة الجانب . ويمكن أن استشهد هنا بقوله عز وجل « وأعدوا لهم مااستطعتم من قوة » لأن القوة بمفهومها العام يمكن أن تنصرف — من بين أمور أخرى — إلى قوة العنصر البشرى وتكاثره . كذلك فإن الكثرة — ولو كانت محدودة — لشعب الدولة حكم يستفاد من مفهوم الإشارة فى الآية الكريمة « وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون » (الصافات / ١٤٧) ، وتفسيرى للآية أن هناك حكمة من ذكر العدد فيها إذا سبقتها فى السورة ذاتها آيات عن رسالة كل من الياس ولوط وعبر القرآن عنهما بقوله « وإن الياس لمن المرسلين » و « إن لوطا لمن المرسلين » وأستخدم عبارة ذاتها بالنسبة ليونس فقال « إن يونس لمن المرسلين » ولكنه لم يورد عددا لمن أرسل اليهم كل من الياس ولوط وأورد ذلك التعداد بالنسبة لمن أرسل إليهم يونس وكان من أرسل اليهم يونس هم — على خلاف قوم الياس ولوط — الذين أمنوا « فآمنوا فمتعناهم إلى حين » . وتبعا فقد اختار الله أن يذكر عدد القوم الذين آمنوا — أى شعب الدولة المؤمنة — اشارة إلى أن هذا هو العدد الأدنى الذى يصلح لأن يكون العنصر الاجتماعى فى دولة الإيمان . ولاأنكر أننى بهذا الفهم قد أكون افرطت بعض الشيء فى تحميل الآية هذا المعنى ولكننى أراه إفراطا مستلمحا واستنباطا مستقيما .

وقد ناقشنى بعض ابنائى من الدارسين متسائلا عما إذا كان هذا العدد قد توفر فى دولة المدينة فإن لم يكن قد توفر فإن الحكم الذى قدمته لايستقيم . وعلى الرغم من وجاهة هذا الاعتراض فإنى أرى أن القياس على دولة المدينة يجب أن يكون قياسا على العموميات وليس على التفصيلات ، وفى قول آخر فإننى أقيس على دولة المدينة — عند الكلام على مفهوم الدولة فى النظرية الإسلامية — من حيث توافر العناصر الثلاثة : السلطة والشعب والإقليم . أما ماتوفر من مواصفات لكل من تلك العناصر فليس هو محل القياس لان ماتوفر لدولة من ظروف خاصة قد يكون قاصرا عليها وليس منطقا أن نتوقعه فى الدول الإسلامية عموما . ذلك أن كل عنصر من العناصر الثلاثة قد تميز بسمات تتصل بالنبوة الكريمة وتكريم الرسول وتدعيم دعوته وأوضح ذلك فى كل

عنصر من تلك العناصر . فسلطة الدولة كانت فى يد الرسول ﷺ وتبعا فإننا لايمكن أن نتطلب فى سلطة الدولة الإسلامية ماتوافر للرسول من مكانة وسلطان وقد قدمت أن الرسول يتمتع بالشخصية القانونية الدولية وتلك ميزة قد اختصه الله بها الأمر الذى يمكن أن نكيفه — إذا نحن استخدمنا التعبيرات المعاصرة — بالقول بأن الدولة الإسلامية قد جمعت فى عهد الرسول — وبفضل وجوده ﷺ على رأسها نوعا من الاتحاد الشخصى يضم الشخصية القانونية الدولية للرسول والشخصية القانونية الدولية لدولة المدينة ، مالا يمكن أن يصرف إلى السلطة فى الدولة الإسلامية . فإذا انتقلت إلى عنصر الشعب وجدت أن تعداده ليس مؤكدا ورب أنه قد وصل إلى التعداد الذى وردت به الآية إذا نحن أدخلنا القبائل الأخرى المجاورة للمدينة والتى دخلت فى شعب دولة المدينة ، فإن الأمر لايخلو من حقيقة هامة اختص الله بها شعب دولة المدينة تلك هى أن الله قد أمد هذا الشعب بالآلاف من الملائكة الذين كانوا يحاربون إلى جانبه ويكونون فيلقا من كتائبه . ومن ثم فإن تعداد الشعب هنا لاتنطبق عليه المعايير العادية ولاتسرى عليه الاعتبارات المادية وقد اغناه الله بملائكته الأخيار عن استكثار الأنصار . بقى الإقليم وهنا نلاحظ أن تحديد الإقليم كان عملية تمت بارادة منفردة من قبل الرسول ﷺ ولم يكن بناء على اتفاق مع أو باقرار من الوحدات السياسية المجاورة وتلك مسألة تضفى على الإقليم وضعا يختلف به تفصيله عن مدرك الأقليم بالمفهوم الذى تحدد به الآن اختصاص الدولة الإسلامية . وهكذا فإن ماقدمته من أن دولة المدينة نموذج فى عمومه وليست مثلا يطبق فى خصوصه هو مايجعلنى اتابع رأيى فى أن مائة الالف هو العدد الذى تشير إليه عبارة الآية الكريمة وقد اتجه فكرى إلى أن اتمثل بهذا العدد على سبيل التقريب لولا أن الآية جعلت حدا أدنى إذ قالت إنهم كانوا مائة ألف أو يزيدون .

ومن هنا وجدت أن مائة الالف هى أقل تعداد لان الآية قطعت احتمال النقصان وأكدت احتمال الزيادة ورب متسائل يرى فى هذا الرأى حرجا على الأمة الإسلامية إذ ماذا تفعل الجماعات التى تقل عن هذا العدد إن هى أرادت

أن تستقل بذاتها فى دولة ؟ وردى على ذلك ألخصه فيما يلى :

١ ــ الأصل فى المسلمين أن يكونوا يداً واحدة فى دولة واحدة « وأن هذه امتكم امة واحدة وأنا ربكم فاعبدون » ، ومن ثم فإن الجماعة التى لاترى فى ذاتها كفاءة لأن تكون دولة يجب أن تنضم إلى دولة اسلامية أخرى لأن مبرر انفصالها بذاتها فيه ضرر يتجاوز انضمامها إلى غيرها من الدول الإسلامية والضرر الاكبر يدفع بالضرر الأصغر .

٢ ــ أن تعين لذاتها مصيرا فيه تحقيق لآمالها ــ إن هى رغبت عن الانضمام إلى دولة اسلامية أو لم تكن فى وضع يسمح لها بذلك بأن تتمتع بذاتية دولية تؤهلها للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات وتبقى كذلك إلى أن يقضى الله لها أمرا كان مفعولا ..

لقد أمر المولى بأن نعد للعدو مااستطعنا من قوة ومن رباط الخيل . ولاجدل أن القوة التى عناها الأمر الإلهى هى القوة بكل معانيها الاقتصادية والثقافية والعسكرية والبشرية والسياسية . ومن ثم فكيف تعد هذه القوة لإرهاب العدو لو أننا تفرقنا فى عدة دول منمنمة يسهل اجتياحها ويهون على العدو أمرها لاسيما فى هذا العصر الذى يشهد مولد الدول القارات مثل الصين والهند والاتحاد السوفيتى والاتحاد الاوروبى . إن الذود عن حوض الإسلام لايكون إلا بالقدرة القادرة . ولاأحسبنى مغاليا إذا قلت إن دولة يتكون شعبها من مائة ألف تعد اليوم فى حكم العدم فما بال الأمر لو أنها قلت عن ذلك . ولذا فإن خلاصة قولى هو أن الآية تشير إلى الكثرة فى قولها « أو يزيدون » وتحدد الحد الأدنى للشعب فى قولها « إلى مائة الف » .

أشكال الدول :

للدول حرية تكوين جماعات أو تجمعات لتحقيق أهداف معينة وصدق القول أن نيتى اتجهت بداءة إلى البعد عن معالجة هذا الموضوع لانه يتعلق بصور دائمة التطور والتحول والكلام فيه يكاد يكون وصفا لواقع إذ ليس هناك من قيود أو قواعد لرسم تلك الصور أو تحديدها على خلاف ماقد يظن أو ماقد توحى به كتابات الفقه التقليدى .

ولايهمنى هنا إلا تقسيم الدول إلى دول بسيطة ودول مركبة ، وإلى دول تامة الأهلية ودول ناقصة الاهلية . وماعدا ذلك من التقسيمات يتعلق بنظام الحكم الداخلى فنحيل فى دراسته إلى كتب الفقه الدستورى (محمد حافظ غانم — الأصول الجديدة فى القانون الدولى ، القاهرة ، ص ١٢٨) .

والدول البسيطة هى التى تقوم بادارة شئونها الداخلية والخارجية بسلطة واحدة مثل جمهورية مصر العربية . أما الدول المركبة فتتركب من أكثر من دولة ترتبط معا برابطة مشتركة . وهناك صور تقليدية للدولة المركبة مثل الدول التى تكون اتحادا شخصيا أو اتحادا فعليا . ويمكن أن ندخل الدول المركبة تحت ثلاث فئات .

١ — اتحاد الايلاف (الكونفدرالى) . ويتكون من عدة دول مستقلة ترتبط بوفاق دولى يقيم اتحادا له اجهزة تستهدف المحافظة على الاستقلال الداخلى والخارجى للدول الاعضاء . ولذلك فإن هذا الاتحاد لايعتبر شخصا قانونيا فى القانون الدولى إذ تحتفظ فيه الدول الاعضاء بشخصيتها . وتلك هى الرابطة الدنيا التى تفرضها النظرية الإسلامية على الدول الإسلامية فى علاقاتها بعضها بالبعض الاخر وقداستقريت التسمية من القرآن الكريم ذلك « أن الرابطة التى كانت تجمع بين قبائل قريش فى قيامها برحلتى الشتاء والصيف كانت رابطة من هذا القبيل وقد اسماها الله عز وجل بالايلاف « لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » (قريش / ٢) . ويمكن أن امثل لهذا الاتحاد فى المحيط الإسلامى بمؤتمر الدول الإسلامية الذى تحدثت عنه فى بداية هذه الدراسة .

٢ — اتحاد الموالاة (الفدرالى) . والخلاف الجوهرى بين هذا الاتحاد وبين اتحاد الايلاف هو أن لأجهزة اتحاد الموالاة سلطة مباشرة على الدول الاعضاء وكذا على مواطنى تلك الدول وتدار السياسية الخارجية — فى معظم اتحادات الموالاة — بواسطة السلطة المركزية . وذلك كان حال دولة المدينة عند وفاة الرسول ﷺ .

وقد ابتدعت هذه التسمية من حيث أن رابطة الولاء عند العرب كانت تجعل من المولى — وهو غريب عن القبيلة — وكأنه أصبح أحد افرادها وكأن رابطة الموالاة قد حلت محل رابطة الدم .

٣ — اتحاد من نوع خاص sui generis ، مثل الكومنولث البريطانى واتحاد الجمهوريات السوفيتية . إن هذه الفئة لاتنطبق عليها مواصفات الفئتين السابقتين . لهذا جمعت هذه التصورات تحت مسمى مشترك وهو اتحادات من نوع خاص . ويمكن أن أدرج تحت هذا المسمى اتحاد الدول — الإسلامية وغير الإسلامية — الذى كان يكون دار الإسلام فى العصر العباسى والذى يمكن أن أطلق عليه — باستخدام تعبير حديث — الكومنولث الإسلامى مقابل التعبير الفقهى التقليدى « دار الإسلام » .

أما الدولة تامة الاهلية فهى الدولة التى تملك مباشرة سائر حقوق (اختصاصات) الحاكمية الداخلية والسيادة الخارجية دون أن تخضع فى ذلك لرقابة سلطة اجنبية .

والدولة ناقصة الاهلية هى التى لاتتمتع بالاختصاصات الاساسية للحاكمية أو السيادة.وللدولة ناقصة الاهلية عدة صور انتقى منها :

أ — الدولة التابعة Vassal أى الدولة التى تخضع خضوعا كاملا لسلطان دولة أخرى . والحق أن الوجود الدولى للدولة التابعة لايكاد يمس لان استقلالها مقيد تقييدا بعيد المدى ، وأقرب الصور إلى هذه الفئة فى النظرية الإسلامية هى دار الصلح .

ب — الدولة المحمية Protectorat - Ptotectorate وهى الدولة التى تضع ذاتها—بواسطة معاهدة — تحت حماية دولة أخرى اقوى وأقدر ، بحيث تقوم الدولة الحامية بادارة الشئون الخارجية الخاصة بالدولة المحمية . وتتعدد اشكال الحماية حسبما ينص عليه فى معاهدة الحماية ومايحيط بالحماية من ظروف ولعل هذا الوصف ينطبق فى النظرية الإسلامية على دار العهد .

وعلى الرغم من أن الدولة المحمية لا تتمتع بحاكمية كاملة إلا أنها تعتبر دولة فى نظر القانون الدولى .

ج ــ اقاليم المعامدة ــ أى اقاليم السيادة المشتركة (كوندومنيوم Condeminiom) وهى الاقاليم التى تخضع لحاكمية اكثر من دولة . وقد مارست الدولة العباسية ذلك النوع من الشراكة مع بيزنطة فى حكم بعض جزر البحر المتوسط . ولذا فقد أخذت هذا المسمى عن مراجع التاريخ التى تشير إلى تلك السابقة التاريخية ، مثل ابو الفداء الذى أطلق هذا التعبير على أقاليم فى وضع مماثل إذ قال « تملكوا معامدة مدة مديدة » (Abul Fida- History under the year 588 A. Hyed. Europu)

ومركز اقليم المعامدة ليس واضحا فى القانون الدولى . وهذا الغموض هو الذى جعلنى أدرجها ضمن مجموعة الدول ناقصة الاهلية وإن كانت بعض صورها أقرب إلى المستعمرات منها إلى الدولة ناقصة الاهلية .

الاعتراف والاقرار :

لكل نظام قانونى اجراء تستطيع الوحدة عن طريقه أن تكتسب العضوية فى ذلك النظام والاجراء الذى يعرفه القانون الدولى وقت السلم ــ هو ماجرى الفقه على تسميته بالاعتراف وهو- الاقرار اقرارا ذا حجية بالوجود القانونى لشخص قانونى دولى . والاعتراف قد يكون اعترافا بالدولة وقد يكون اعترافا بالحكومة بيد أن الاعتراف بالحكومة يدخل من الناحية الفقهية فى الدراسات الدستورية ولذا اجتزىء هنا بالكلام عن الاعتراف بالدولة . أما الاقرار فهو مجرد ملاحظة مركز واقعى أى عدم انكار ذلك المركز الواقعى دون أن يترتب على ذلك حتما والزاما أثر قانونى .

والقول عندى إن النظرية الإسلامية تعرف المصطلحين : الاعتراف Recognition، والاقرار acknowldgement ولكن مفهومها لاحكام المصطلحين يختلف عن المفهوم الجارى فى الفقه الدولى المعاصر .

ذلك أن الاعتراف فى النظرية الإسلامية قد يكون اعترافا الزاميا (كاشفا) اى تفرضه الأحكام الأخرى وتقضى به اعتبارات النظام العام الإسلامى . وقد يكون اعترافا رضائيا (منشئا) ،أى يتوقف على ارادة الدولة المعترفة إن شاءت اعترفت فترتب على ذلك انتفاء الحقوق القانونية على الوحدة المعترف بها وإن شاءت لم تعترف فتبقى الوحدة بلا حقوق اساسا حيال الدولة التى تنكل عن الاعتراف .

كذلك قد يكون الاعتراف قانونيا أى نهائيا يضفى الكيان القانونى على الوحدة المعترف بها وقد يكون واقعيا اى مجرد العلم بالوجود المادى للوحدة والاعتراف بكيانها الواقعى . والاعتراف الواقعى هو ماأسميه بالاقرار . وفى تطبيق أحكام الاعتراف والاقرار نجد أن الوحدة المراد الاعتراف بها لاتخرج فى النظرية الإسلامية عن فرض من ثلاثة : أن تكون وحدة اسلامية أو ان تكون وحدة كتابية أو أن تكون وحدة مشركة أو ملحدة .

أما الوحدة الحديثة التى تنشأ على أسس اسلامية . فليست بحاجة إلى اعتراف من شقيقاتها الدول الإسلامية الاخرى كى تمارس حقوقها ازاء الدول الإسلامية . ولعل ذلك هو الذى جعل الاعتراف من بين الموضوعات التى لاتستهم الفقه الإسلامى لان الاعتراف هنا وعدم الاعتراف سواء من حيث المركز القانونى للدولة الإسلامية الجديدة سوى أن الاعتراف تعبير عن مظهر أخوى ودى أى أنه هنا مجرد اجراء ذى سمة سياسية فحسب فنعما هو . ولذا فإن هذا الاعتراف يعتبر اجراء كاشفا وليس منشئا ، وبحث الاعتراف الرضائى يكون عند تحديد العلاقة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، ولذا نسأل هل يجوز أن تعترف الدولة الإسلامية بغيرها من الدول غير الإسلامية أم أن ذلك لايجوز .

قلت فيما سبق إن الكلمة السواء تجمع بين الدولة الإسلامية والدولة الكتابية ولاأقصد بالدولة الكتابية الدولة التى تلتزم بأحكام كتابها وإنما الدولة التى تقر تلك الاحكام وتعترف بها وتحمى حقوق افراد شعبها فى ممارسة مظاهر

دينها ذلك أن الدول الغربية اليوم تفصل بين الدين والدولة ولكنها مع ذلك تحمى الدين وترعاه، مثل تلك الدولة تعد ــ فى مذهبى ــ دولة كتابية لأن عنصرها الاجتماعى ــ وهو الشعب ــ كتابى وتتساوى معها الدول التى يدين شعبها بما يعتبر فى حكم الكتاب ــ ومن ثم فإنه يجوز للدولة الإسلامية أن تعترف بتلك الدولة الكتابية ــ إذا ماتوافرت فيها شروط الكلمة السواء أى الاجتماع مع الدولة الإسلامية على وحدانية الله وعدم الاشراك به فإنه يترتب على ذلك قيام علاقات سياسية سلمية ومن ثم فإنه يجوز للدولة الإسلامية عندئذ أن تعترف بتلك الدولة الكتابية ــ وكذا الدول التى فى حكمها ــ اعترافا قانونيا . بيد أن الاعتراف هنا اعتراف منشىء لانه اقرار بأوصاف يتوقف تكييفها على ارادة الدولة الإسلامية . فإن اعترفت الدولة الإسلامية بدولة كتابية كان ذلك اقرارا منها للدولة الكتابية بالوجود القانونى كدولة وترتب على ذلك التزام الدولة الإسلامية باحترام حقوق الدولة الكتابية والتعايش أو التعاون معها على نحو ماسلفت « لاينهاكم الله عن الذين لم يحاربوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم » (الممتحنة / ٨) .

أما إذا لم تكن الوحدة غير الإسلامية دولة كتابية فإن الدولة الإسلامية لايجوز لها أن تعترف بها ولا أن تقر لها بكيان قانونى دولى والأصل فى علاقة الدولة الإسلامية بتلك الوحدات هو مقارعتها ولو بالقوة لأن عنصرها الاجتماعى ــ وهو الشعب ــ نجس « إنما المشركون نجس » (/) . وماكان للدولة الإسلامية أن تساوى بين ذاتها وبين مثل تلك الوحدات ولو أن تطمئن إلى الدخول فى علاقات سلمية معها . بيد أن تلك الوحدات ولا كيان مادى واقعى وقد تأتى تصرفات لها آثار تمس مصالح الدولة فماذا يكون موقف الدولة الإسلامية منها ؟ إن الأمر يحكمه واقع الدولة الإسلامية بيد أن هذا الواقع يفرض تصرفا واقعيا . ذلك التصرف هو ماأسميته بالاقرار لأنه تصرف تقتضيه الظروف ولكن لاتمليه المبادىء . ويقترب الاقرار فى تسمية الفقهاء المحدثين ــ بالاعتراف الواقعى ــ . انه تصرف زمنى واجراء استثنائى يجب أن يقدر بقدره ولايحسن التوسع فى تطبيقه ولذا فإن تكييفى

للاقرار هذا هو انه تصرف ذو سمة سياسية غالبة ـــ وإن جاز أن يكون له معقبات قانونية لأن تلك المعقبات لم تكن مقصودة لذاتها بل دعت إليها اعتبارات سياسية ابتغتها مصلحة عامة للدولة الإسلامية « إن الذين يحادون الله ورسوله كبتوا كما كبت الذين من قبلهم » (المجادلة / ٥) « إن الذين يحادون الله ورسوله أولئك فى الأذلين » (المجادلة / ٢٠) .

الفرع الثاني
في
الحقوق الدولية

الحق لغة واصطلاحا :

الحق لغة « اسم من اسمائه تعالى والثابت بلا شك قال تعالى « إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون » . ويوصف به فيقال « قول حق » وهو حق بكذا : جدير به والنصيب الواجب للفرد » (المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية — ج ١ ، ص ١٨٦) .

وفى القرآن الكريم استخدام للفظ بمفهومه مثل قوله عز وجل « فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه » (البقرة / ٢٨٢) وقوله « والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (المعارج / ٢٤) . وقوله أيضاً « ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق » (الاسراء / ٣٣) . وقوله كذلك « خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق » (ص / ٢٢) . وقوله « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » (ص / ٢٦) .

وأغلب الظن أن المعنى اللغوى للحق كان له انعكاسه على الفهم الفقهى للحق وتباين الفقهاء فى التعبير عن ذلك الانعكاس .

فقد عرف البعض الحق بأنه اختصاص حاجز وهم فى ذلك يعرفون الحق بسمته الجوهرية ، ذلك أن الحق هو فى جوهره عبارة عن رابطة بين شخص وشيء أو بين شخص وشخص تمنح صاحبها سلطة استشارية (راجع فتحى الدرينى — الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده أو نظرية التعسف فى استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، دمشق ، ١٩٦٧ ، ص ١٨٦) . وهذا يتفق مع الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق .

ومن الفقهاء المحدثين من تأثر بالفقه المعاصر فعرف الحق بالمصلحة ، فالحق عندهم مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا ، أو هو مصلحة مستحقة شرعا ، أو هو اختصاص بمصلحة ومنفعة . وهذا يتماشى مع الاتجاه الموضوعى فى النظرة إلى الحق . وقد قابل القرافى بين الحق — وهو ماسلفت بيانه — وبين الرخصة فيتساءل هل من يملك يعد مالكا أم لا وهل يعد من انعقد له سبب المطالبة بالملك يعد مالكا ام لا . ويصف صاحب الرخصة بانه « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتملك » مثل حيازة الغنيمة ، والشركة فى الشفعة إذا باع الشفيع وتحقق لواحد المطالبة بالتملك فى الشفعة ، وحق الفقير فى بيت المال . ذلك أن صاحب الرخصة يملك أن يملك ولكنه — على الرأى الذى اعتمده ليس مالكا . وماأقرب هذا مما يسميه الفقه الغربى Inchoate right (القاعدة ٣٣ من الجزء الثالث من تهذيب الفروق) .

وهكذا نجد أن الفقهاء قد عبروا بالحق عن كل ماهو ثابت ثبوتا شرعيا أى بحكم الشارع واقراره وكان له بسبب ذلك حمايته . وهم فى استعمالهم لتعبير « الحق » لم يلتزموا معنى اصطلاحيا خاصا لذلك فهم قد يدخلون فيه مايعد مكنة أو اباحة يسمح بها القانون فى نطاق الحقوق الخاصة والعامة ومما يطلق عليه القانونيون احيانا « رخصة » . (على الخفيف — الحق والذمة ، القاهرة ، ١٩٤٥ ، ص ٤٣ ، ومابعدها) .

وتقرير حق الفرد وحق الجماعة بحكم الشارع يجعل حق كل منهما مقرونا بالواجب بل إن ماهو حق للفرد أو للجماعة هو فى نظر الشارع واجب تكليفى مفروض على أحدهما لصالح الآخر . فما هو حق لله وماهو حق للعبد وماهو حق مشترك بينهما كلها أحكام تكليفية وواجبات شرعية (راجع محمد فتحى عثمان — حقوق الإنسان بين الشرعية الإسلامية والفكر القانونى الغربى ، دار الشروق ، ١٩٨٢ ، ص ٦٠) .

ويعالج الأصوليون الحق فى باب « المحكوم فيه » ولكنهم لايتفقون على أسلوب واحد فى تقسيمه . والشائع هو تقسيم الحق إلى قسمين رئيسين :

١ ــ حق الله ، وهو مايتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به واحد دون واحد ، واضافته إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (ابن مالك ، شرح المنار ، القاهرة ، ١٣٠٨ ، ص ٨٨٦ ، كذا راجع القرافى ــ الفروق ، القاهرة ، ١٣٤٧ ، ج ٢ ، ص ١٤٠) .

وحق الله بهذا المفهوم هو حق الجماعة ذلك أنه إذا تعلقت الاحكام الشرعية بافعال المكلفين المقصود بها مصلحة المجتمع عامة فحكمها خالص لله وليس للمكلف خيار فيه وتنفيذه لولى الأمر (راجع عبد الوهاب خلاف ــ علم أصول الفقه ، ط ٨ الكويت ، ١٣٨٨ ، ص ٢١٠) . وقد لاحظ بعض الفقهاء المعاصرين أن دائرة حقوق الله تعالى فى فقه الشريعة الإسلامية واسعة تتلاق مع دائرة القانون العام وتشمل فيما تشمل القانون الجنائى والقانون المالى . وقد عرفها ابن تيمية بأنها الحدود والحقوق التى ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم وكلهم محتاج إليها وتسمى حدود الله وحقوق الله ، مثل حد قطاع الطرق والحكم فى الاموال السلطانية . وهذه شعتان كما قال على بن أبى طالب لامارة تقوم بها الحدود وتأمن بها السبل ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفىء ، أو بحسب التعبير الحديث هى مسئولية الدولة .

وإذا كان ابن تيمية قد تكلم عن حقوق المسلمين ، فانى لأرى ــ من الناحية الفنية ــ مانعاً من أن ينصرف تعريف الحق العام إلى أية جماعة ــ سواء أكانت مسلمة أم لم تكن مسلمة مادام أن النظرية الإسلامية تقربها . ومن ثم فإن حقوق الدول وحقوق الوحدات الشبيهة بالدول وكذا الجماعات ذات الكيان القانونى ــ مثل حركات التحرير ــ يمكن فى القول الذى ازكيه ــ أن تندرج تحت هذه الفئة من الحقوق .

٢ ــ حق العبد ، وهو ماتتعلق به مصلحة خاصة ، فهو إذن حق للفرد لان « المقصود بها مصلحة المكلف خاصة ولذا فإن حكمها حق خالص للمكلف وله فى تنفيذه الخيار » (خلاف ــ المرجع السابق ، ص ٢١١) . وهذه الحقوق تدخل فى دائرة القانون الخاص .

ولما كانت بعض الحقوق قد تختلط فيها المصلحة إذ يقصد بها مصلحة المجتمع والمكلف معا ، فإن حكمها يدور بين القسمين السالفين فيكون حكمها كحكم ماهو حق خالص لله إذا كانت مصلحة المجتمع فيها أظهر لأن حق الله فيها غالب ، ويكون حكمها كحكم ماهو خالص للمكلف إذا كانت مصلحة المكلف فيها أظهر لأن حق المكلف فيها غالب كمال اليتيم والوفاء بالكيل والميزان بالقسط (ابن تيمية ــ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، القاهرة ، ١٣٨٧ ، ص ٣٣ ــ ٣٤ ، ٨٠) . وعندى أن مانسميه بحقوق الفرد أو الإنسان تدخل فى هذا القسم المشترك وإن أخذت حكم حق العبد لأن مصلحة الفرد فيها هى الغالبة .

ولكن الماوردى يضيف إلى القسمين السالفين قسما ثالثا ــ وهو بصدد التفرقة بين حقوق الله وحقوق العباد ــ بالنسبة للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ــ فأما الأمر بالمعروف فينقسم إلى ثلاثة أقسام : فأما المتعلق بحقوق الله عز وجل فضربان احدهما مايلزم الامر به الجماعة دون الافراد كترك الجمعة فى وطن مسكون ... وأما مايأمر به آحاد الناس وأفرادهم كتأخير الصلاة حتى يخرج وقتها .... وأما الأمر بالمعروف فى حقوق الآدميين فضربان : عام وخاص فأما العام فكالبلد إذا تعطل شرابه أو استهدم سوره ... وأما الخاص فكالحقوق إذا مطلت والديون إذا أخرت ... وأما الأمر بالمعروف فيما كان مشتركا بين حقوق الله تعالى والادميين فأخذه الاولياء نكاح الأيامى من اكفائهن إذا طلبن ..

وأما النهى عن المنكرات فينقسم إلى ثلاثة أقسام : فأما النهى عن حقوق الله تعالى فعلى ثلاثة اقسام : المتعلق بالعبادات كالقاصد مخالفة هيئاتها المشروعة والمتعمد تغيير أوصافها المسنونة ... ثم ماتعلق بالمحظورات (من النهى عن المنكر فى حقوق الله تعالى) وهو أن يمنع الناس من مواقف الريب ومكان التهمة ... وماتعلق بالمعاملات المنكرة (من النهى عن المنكر فى حقوق الله تعالى كالزنا والبيوع الفاسدة ... وأماماينكر من حقوق الآدميين المحضة فمثل

أن يتعدى رجل فى حد جاره أو فى حريم لداره ... وأما ماينكر من الحقوق المشتركة بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين فكالمنع من الاشراف على منازل الناس ولايلزم من علا بناؤه أن يستر سطحه وإنما يلزم إلا يشرف على غيره ..

والمستفاد من قول الماوردى هذا أنه اضاف فى تقسيم حقوق الآدميين بصدد الأمر بالمعروف تقسيمها إلى حقوق عامة « كالبلد إذا تعطل شربه » وحقوق خاصة « كالحقوق إذا مطلت » . وهذه هى حقوق الافراد . وتمثل هذا الاضافة من الماوردى أهمية خاصة فى دراستى هذه لأننى أراها أكثر دقة فى تصنيف الحقوق والحريات الاساسية للآحاد إذ تدخل تحت مسمى الحقوق العامة للآدميين .

والطريف فى شرح الماوردى أننا نستطيع أن نبنى عليه القول بأن النظرية الإسلامية تقر فكرة القواعد الآمرة أو قواعد النظام العام والآداب فقد عبر عن ذلك بطريقته الخاصة وهو يتكلم عن المعاملات المنكرة مما يتعلق بحقوق الله تعالى فى صدد النهى عن المنكرات . ولذا جعل لوالى الحسبة انكارها والمنع فيها والزجر عليها وأمره فى التأديب يختلف بحسب الأحوال وشدة الخطر .

كذلك يمكن أن نقرر بأن الماوردى قد مس الجانب الاجتماعى للحق وهو يعرض لحقوق الافراد بحيث يمكن أن ندعم برأيه هذا نظرية « التعسف فى استعمال الحق » (الماوردى ــ الاحكام السلطانية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٤٣ ــ ٢٥٨) . وذلك استنادا إلى رأى الشاطبى ــ الذى أؤيده ــ من وجوب النظر إلى النية ، فى استعمال الحقوق جميعا . وتوضيحه أن الحق والاذن الشرعى إنما اقره الشارع لغاية وحكمة فإذا استعمل فى غير هذه الغاية وبتقصد الاضرار بالغير وجب أن يلغى الاذن الشرعى وأن يمنع استعمال الحق على هذا الوجه .

ومن الأصوليين من أخذ بالاباحة الأصيلة فما لم يرد به أمر ولانهى فهو مباح ، واستندوا فى ذلك إلى قوله تعالى (هو الذى خلق لكم مافى الأرض

جميعا » (البقرة /٢٩) ، « وسخر لكم مافى السموات ومافى الأرض جميعا منه » (الجاثية / ١٣) . ومن الأصوليين من جعل العفو مرتبة متميزة بين الحلال والحرام وقد أوغل فى هذا الأصل الإمام بن حزم رحمه الله » (محمد فتحى عثمان ـــ المرجع السابق ، ص ٤٠) .

وقد خلص الشاطبى فى كتابه « الموافقات » ، إلى أن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فى الخلق وهذه المقاصد لاتعدو ثلاثة أقسام : ضرورية ، وحاجية ، وتحسينية . والضروريات هى أهم المقاصد وتليها الحاجيات ثم التحسينيات.. وعلى هذا فالاحكام الشرعية التى شرعت لحفظ الضروريات أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة وتليها الاحكام التى شرعت لتوفير الحاجيات ثم الاحكام التى شرعت للتحسين والتجميل .

وقد عقد المعز بن عبد السلام فصولا سبعة « فى تقديم حقوق الله بعضها على بعض عند تعذر جمعها وعند تيسره لتفاوت مصالحها ، فيما يتساوى من حقوق الرب فيتخير فيه العبد ، فيما اختلف فى تفاوته وتساويه من حقوق الله لاختلاف فى تساوى مصلحته وتفاوتها ، فيما يقدم من حقوق العباد على بعض لترجح التقديم على التأخير فى جلب المصالح ودرء المفاسد ، فيما يتساوى من حقوق العباد فيتخير المكلف جمعا بين المصلحتين ودفعا للضررين ، فيما يتقدم من حقوق الرب على حقوق عباده احسانا اليهم فى أخراهم فيما يتقدم من حقوق العباد على حقوق الرب رفقا بهم فى دنياهم ... ومثال ذلك الاعذار المبيحة للتلفظ بكلمة الكفر وتأخير الصيام بالأمراض والاسفار » (العز بن عبد السلام ـــ قواعد الأحكام ، ج ١ ، ص ١٦٨ ـــ ١٧٠) .

وقد اعتبر الفقهاء أوامر السلطان ـــ أى ولى الأمر ـــ مرعية ونافذة شرعا حتى ولو تضمنت تقييد مطلق أو منع جائز فى الأصل أو ترجيح رأى فقهى مرجوح مادامت تستند إلى مصلحة يرجع إلى ولى الأمر فى تقديرها ولكنى لا أرأها كذلك إذا أجازت ممنوعا مالم يكن لضرورة إذ لاطاعة لمخلوق فى معصية .

وأخذا بما قدمت فإن على الفرد أن يلتزم بالحق العام كما أن على الجماعة أن تلتزم بالحق الخاص . واضيف إلى ذلك أن على الجماعة أن تحترم الحق العام لجماعة أخرى كما أن على الفرد أن يحترم الحق الخاص لفرد آخر . وهكذا فإن على الدول أن تحترم كل منها ماللدول الاخرى من حقوق ، وينصرف هذا الالتزام إلى الحقوق التى تتمتع بها الوحدات القانونية الدولية الاخرى مثل حركات التحرير أو حقوق الاقليات . وارتباط الحق العام بالشارع لايعنى تحكما أو تعسفا وإنما هو تأكيد للحق وتوثيق فهو بوصفه حقا مقررا من قبل الله يفرض واجب احترامه على المؤمنين افرادا وجماعات ، وتلك لها حكمة كبرى فى عقيدتى لان صاحب هذا الحق العام شخص معنوى وليس شخصا طبيعيا يستطيع أن يناقش حقوقه أو يدافع عنها عند انتهاكها .

ومن الآيات الجامعة للحقوق والواجبات أسوق قوله سبحانه وتعالى « قل تعالوا أتل ماحرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا ولا تقتلوا أولادكم من املاق نحن نرزقكم واياهم ولاتقربوا الفواحش ماظهر منها ومابطن ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لانكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون . وان هذا صراطى مستقيما فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون » (الانعام / ١٥١ ـــ ١٥٣) . ويقرر العز بن عبد السلام أن اجمع اية فى القرآن للبحث عن المصالح كلها والزجر عن المفاسد كلها قوله تعالى « إن الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (النحل / ٩٠) .

الحقوق الاساسية :

يدور القانون فى محتوياته ـــ كما هو معلوم ـــ على موضوع الحقوق والواجبات بيد أن من هذه الحقوق والواجبات فئة ممتازة هى التى تستهمنا فى

دراسة تتوخى الافكار العامة والمبادىء الكلية . تلك هى الحقوق المسماة بالحقوق الاساسية .

ويناقش القانون الدولى المعاصر نوعين من الحقوق الاساسية : (١) الحقوق الاساسية للدول أى المتعلقة بالدول فحسب بوصف أن الدولة هى الشخص الرئيسى للقانون الدولى . ويختلف الفقهاء حول تلك الحقوق الاساسية فمنهم من يتحمس لاقرار الفكرة ومنهم من يقف موقف المعارضة اللجوجة . وأيا كان الأمر فإن الجماعة الدولية تولى اهمية بالغة لفكرة الاعتراف بحقوق اساسية كقاعدة جوهرية للصلات السلمية بين الدول إلى حد أن الجماعة الدولية ــ ممثلة فى الامم المتحدة ــ حاولت أن تجمع تلك الحقوق والواجبات الاساسية فى قائمة . وبغض النظر عن القيمة الحقيقية لتلك القائمة فإن القانون الدولى الوضعى يقر بعدد من الحقوق والواجبات التى تملك الدول ــ بواقع عضويتها فى الجماعة الدولية ــ أن تدعيها .

ويعتبر فاتيل ــ من بين سابقيه ومعاصريه ــ هو الفقيه الذى استقطب مذهبه ــ فى شأن مااسماه الحقوق الاساسية للدول ــ أفكار الفقهاء السياسيين خلال القرنين الماضيين . بيد أن القرن العشرين أهل على الفكر الدولى وقد انقسم إلى فريقين : فريق يعتبر أن الحقوق الاساسية حقوق لاغنى عنها للدول بذاتها إن هى ارادت البقاء ، وفريق يتمسك بان الحقوق الاساسية هى فى الواقع قاعدة القانون الدولى أو مبادئه الاساسية .

ويبدو أن الخلاف الخاص يرجع إلى اختلاف الفقهاء حول المصدر الملزم للقانون الدولى . ومن هنا يمكن أن نصنف المعطيات الاساسية فى القانون الدولى إلى صنفين : حقوق مطلقة ، وحقوق تثبت بعد أن يعترف بها . ويتفق كثير من الفقهاء على أن الحقوق المطلقة تجتمع فى خمسة هى : حق البقاء ، وحق الاستقلال ، وحق المساواة ، وحق الاحترام ، وحق ممارسة التجارة الدولية . ويختصرها البعض إلى أقل من ذلك ويزيدها البعض الآخر إلى أكثر .

وإذا ألقينا نظرة على التعداد الخماسى للحقوق الاساسية ـــ دون التورط فى الفلسفة التى بنى عليها ودون الدخول فى تفاصيل يضيق عنها هذا المقام ـــ نجد أن المعطيات الأساسية فى القانون الدولى تخلص فى حقين : حق البقاء وحق المساواة . وفى عقيدتى أن النظرية الإسلامية تقر الحقين على نحو افصله بعد قليل .

(٢) الحقوق الاساسية للافراد والشعوب ـــ التى بلغ من تطورها اليوم أن أصبحت تندرج ضمن فرعين ثانويين من فروع القانون الدولى حيث نتكلم عن حقوق الافراد وحدها وحقوق الشعب وحدها وإن كنت قد فضلت جمع هذه الحقوق تحت مسمى «القانون الإنسانوى» لأميز بينها وبين « القانون الإنسانى » .

كلمة حق : (القانون الإنسانى والقانون الانسانوى فى المفهوم الإسلامى) :

الحق أنه وإن كان السلام روح الإسلام إلا أن السلام ليس هو الحقيقة الوحيدة فى الاجتماع البشرى الذى يعرف كذلك ـــ وبضراوة -التنافس والتناحر ، وفى هذا اذكر القول القرآنى الكريم « ولولا دفع الله الناس بعضهم لبعض لهدمت صوامع وبيع صلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيرا ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوى عزيز » (الحج / ٤٠) ، وإذن فدفع الباطل وكشف شر قوم عن غيرهم بما خلقه الله وقدره من الاسباب هو درء للمفسدة ومجلبة للخير . ومن بين صور هذا الدفع يذكر القرآن الكريم القتال « كتب عليكم القتال وهو كره لكم وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم والله يعلم وأنتم لاتعلمون » . فإذا كان القتال حقيقة من حقائق الحياة وشأنا من شؤون الدنيا فما أحرى الإسلام ـــ وهو دين ودولة ـــ بأن ينظم أموره ويرتب أحكامه . بل لقد كان الإسلام أول هدى أضاء السبيل أمام بشرية بربرية هوجاء تجعل من الحرب عديلا للابادة وبديلا للتخريب ولاترعى فى العدو إلاّ ولاذمة .

لقد كانت الحنيفية السمحاء النقلة الكبرى التى خرجت بالناس من ظلمات الافكار اليونانية والرومانية عن الحرب مع الاعداء إلى نور ملأ الارجاء يقر للعدو بحقوق ويضمن للمحارب حمايات . ولم تكن هذه النقلة كبرى بالقياس إلى وحشية الحروب التى عرفها العصر الاغريقى الرومانى بل إنها لازالت كبرى بالقياس إلى مانشهده اليوم بعد جهود اربعة قرون سلخها القانون الدولى المعاصر فى محاولات لهدهدة أهوال الحرب وتخفيف ويلاتها ، ويختار بعض الفقهاء للقواعد التى اسفرت عنها هذه المحاولات — وأنا منهم — مسمى — القانون الإنسانى « نسبة إلى الإنسانية » .

وواضح مما اسلفت أن القانون الدولى الإنسانى لايمكن أن يؤدى دوره إلا إذا وفق بين المتناقضين : اعتبارات الإنسانية ومتطلبات الضرورة . فالإنسانية تشده إلى التوادد والتراحم والضرورة تدفعه إلى القوة والتزاحم . وينجح القانون الدولى الإنسانى فى تحقيق أهدافه وغاياته بقدر ماينجح فى التوفيق بين هذه المتناقضات ، وقد لخص الرسول الكريم ﷺ هذا الدور للقانون الدولى الإنسانى الإسلامى فى حديثه الشريف « أنا نبى المرحمة وأنا نبى الملحمة » ، فقرن الملحمة بالمرحمة وقدم المرحمة على الملحمة حتى يقر فى قلب المقاتل المسلم بأنه يد العدالة وليس سيف النذالة . وقد كان الرسول الكريم دقيقاً فى اختيار اللفظ فهو عندما اختار المرحمة قصد التعبير عن التعاطف والتراحم فى علاقات متبادلة ولذلك فضل المرحمة على الملحمة . أما الملحمة وإن كانت تعنى القتال الشديد والمعركة العظيمة إلا أن فى معناها القتال فى الفتنة وليس مجرد القتال فدل بذلك على أن ملحمته ليست ملحمة الغلبة والسلطان وإنما هى ملحمة درء الفتن وتحقيق الأمان . وفيها أيضاً معنى الاصطلاح ففى اللغة لحم الأمر إذا أحكمه واصلحه وتلك هى غاية القتال فى الإسلام وهى أيضاً ضابط يضبط سلوك المحارب المسلم . وفى هذه المعانى السامية تلتقى المرحمة مع الملحمة . بيد أن هذا القانون الإنسانى جزء من دراسات قانون الحرب والذى يستهمنا هنا هو قانون السلام ولذا فإن اكتفى بما قدمته توضيحا للفرق بين القانون

الإنسانى والقانون الانسانوى وأصرف الجهد إلى تصورات القانون الإنسانوى فى النظرية الإسلامية التى أعرض لها بعد قليل .

ذلك أن القانون الإنسانوى ـــ نسبة إلى الإنسان-هو قانون الحقوق الأساسية التى يتمتع بها الإنسان ـــ ومن فى حكمه من اشخاص القانون الاعتبارية ـــ وقت السلم وتتمثل أساساً فى ثلاث مجموعات :

١ ـــ الحقوق الأساسية للدول .

٢ ـــ الحقوق الأساسية للأفراد .

٣ ـــ الحقوق الأساسية للشعوب .

١ ـــ الحقوق الاساسية للدول :

١ ـــ حق البقاء :

إن بقاء الدولة الإسلامية هو بقاء للدين وصيانتها لذاتها صيانة لاداة التبشير بالدعوة الإسلامية وحمايتها من المعتدين . ذلك أن مهمة الدولة الإسلامية هى نشر كلمة الله . ولذلك يحث الإسلام الدولة الإسلامية على أن تكون دائما فى منعة حفاظا على كيانها ودعما لبقائها وفى أدب ذلك يقول تعالى « وأعدوا لهم مااستطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم » (الانفال / ٦٠) .

والرأى عندى أن كل مايقول به الفقه الدولى المعاصر حول حق البقاء يمكن أن تتقبله النظرية الإسلامية إذ لاشك أن أول مايشغل بال الدولة هو حرصها على سلامتها من حيث أن هذه السلامة هى مفتاح أى حق آخر يمكن أن ندعيه ، ولذا فإنى ممن يرون أن هذا الحق هو مصدر الحقوق الاخرى . فحق البقاء ـــ كما عرفه قائيل ـــ هو حق الدولة فى أن تفعل كل ماهو لازم لبقائها . ولكن هذا الحق النظرى لايمكن بداهة أن يصبح حقيقة واقعة إلا أذا دعمته قدرة قادرة على حماية الدولة فى مجتمع يؤمن بأن السيف أصدق إنباء من الكتب . لهذا حاول بعض الفقهاء أن يضعوا لهذا الحق قيودا تقيد من ممارسته

فكان القيد هو الضرورة لان الدولة إذا لم تمكن من حماية ذاتها ضد وضع يهدد بقاءها فى ظروف الضرورة الملحة كان ذلك بمثابة السماح بتقويض دعائمها . ولذا فإن الضرورة هنا تسمح بأن تسود المصلحة على القانون طبقا لمبدأ سلامة الأمة فوق سلامة القانون .

والقصد من تقييد حق البقاء بشرط الضرورة ضبط سلوك الدولة حتى لاتصيب دولة بريئة باسم « حق البقاء » الا إذا كانت مصالح الدولة البريئة أقل نسبيا من الاضرار التى كان يمكن أن تصيب الدولة الاخرى لو أن حق البقاء أنكر عليها فى حالة الضرورة .

ونظرا لأن حق البقاء بمسماه العام هذا قد يبدو فضفاضا إلى حد يصعب فيه أن يكتسب مدلولا قانونيا دقيقا فإن البعض يتجه إلى تسميته بحق صيانة الذات . وتبعا فيمكن أن نسير على أن حق البقاء وحق صيانة الذات صنوان . وحق صيانة الذات نيط به حق الدفاع عن الذات أو ماجرت العادة على تسميته بحق الدفاع الشرعى . وهذه كلها حقوق تثبتها آيات القرآن الكريم « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم » (البقرة / ١٤١) « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به » (النحل / ١٢٦) « وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء » (الانفال / ٥٨) ، « ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت بيع وصوامع وصلوات » (الحج / ٤٠) .

وعن حق الدفاع الشرعى كلام مستفيض فى الفقه الإسلامى أحيل اليه .

ـــ حق المساواة :

يمكن أن أقول إن حق المساواة ـــ فى معناه المطلق المجرد ـــ يعنى أن تساهم الدول فى الجماعة الدولية بالحقوق ذاتها فلا يكون لأيها ميزة على الاخرى ـــ والحق أن المساواة بين الدول ـــ فى معناها الدقيق ـــ ليست حقا منفصلا بذاته بقدر ماهى خصيصة للنظام الدولى جميعه بحقوقه وواجباته ، ولذا يجب أن ننظر إليه من هذه الزاوية . وقد هاجم البعض حق المساواة على

أنه يعوق تقدم القانون الدولى . وسعى آخرون إلى التوفيق بين النظر والعمل ففرقوا بين المساواة القانونية والمساواة السياسية ، فى الوقت الذى ظل فريق ثالث على التمسك بالمبدأ كشرط جوهرى لنظام دولى عادل .

والقول عندى إن حق المساواة فى العلاقات الدولية ــ لاسيما بشكلها الراهن ــ يعنى المساواة فى حد أدنى من الحقوق وليست المساواة فى الحقوق جميعا فما هو لازم وضرورى لبقاء الدول من مظاهر للمساواة تتساوى فيه الدول وماعدا ذلك فلا الزام فيه بالمساواة بين الدول . ولذا فإن النظرية الإسلامية ــ وكذا النظرية المعاصرة ــ تعرف حالات من عدم المساواه تقرها الاحكام العامة لان المساواة فيها قد تهز سلامة كيان الجماعة الدولية فنجد مثلا فى التنظيم الدولى أن حفظ السلم والامن الدوليين يتطلب القاء مزيد من التبعة على الدول الكبرى الأمر الذى يلازمه اضفاء مزيد من الحقوق المقابلة على تلك الدول ــ وهذه هى الفلسفة من وراء تحمل الدولة الإسلامية للمسئولية عن أمن دول الصلح أو دول العهد . كذلك قد تستدعى الاعتبارات الاقتصادية أن نميز الدول الرابية على الدول النامية وينعكس هذا بوضوح فى المنتظمات الاقتصادية ، وهذه نظرة تتوقعها الاحكام الإسلامية وتفهم من قوله عز وجل « أن تكون أمة هى أربى من أمة » (النحل / ٩٢) . وقد تقرر مبدأ المساواه فى الإسلام بالحديث الشريف « كلكم لآدم وآدم من تراب » .

وهذا بازكاه قول المولى عز وجل « يايها الذين آمنوا لايسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم » (الحجرات / ١١) . كما جاء فى الاثر « رب اشعث أغبر ذى ضمرين لايؤبه له لو اقسم على الله لأبره » . وروى مسلم عن ابى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله لاينظر إلى صوركم واموالكم ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم » .

كذلك تتضح المساواة فى أن الله قسم الناس شعوبا وقبائل للتعارف وليس للتعالى « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » ، فإن المتعالى لن يخرق الارض ولن يبلغ الجبال طولا .

ولعل اكثر الآيات تأكيدا لحق المساواة بين الدول ـــ المسلمة وغير المسلمة ـــ هى قول العلى الكريم « قل ياأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد الا الله ولانشرك به شيئا » (آل عمران / ٦٤) ، ان الآية الكريمة قد وضعت اساسا للمعاملة السواء بين المسلمين وغير المسلمين ، ذلك هو الاقرار بوحدانية الله وعدم الشرك به وجعلت بذلك الارتفاع إلى مستوى معين من الحضارة ـــ هى الوحدانية ـــ شرطا لعضوية الجماعة الدولية على قدم المساواة . وهذا يمكن أن يقارن بالفقه الغربى عندما اشترط ـــ إلى عهد غير بعيد ـــ الحضارة المسيحية متطلبا لدخول الجماعة الدولية ، وهى مقارنة تقف إلى جانب النظرية الإسلامية التى تبدو أكثر تساميا وأعمق منطقا . ومع ذلك فإن المدرسة المالكية لاتشترط حتى هذا الشرط لاقامة علاقات سلمية على اساس المساواة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية ، الامر الذى ينتهى بنا إلى القول بأن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل الوحدات السياسية المختلفة ضمن جماعة دولية على اساس الاقرار لها بمبدأ المساواة (قارن فؤاد عبد المنعم احمد ـــ مبدأ المساواة فى الإسلام ، رسالة للدكتوراه قدمت لجامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٢ ، وهى لاتعالج المساواة فى القانون الدولى بل فقط فى الدستورى كما أنها تعتمد احيانا فى تحليل المساواة على ارهاق لبعض النصوص) .

الحقوق والحريات الاساسية للافراد والجماعات (القانون الانسانوى) :

قلت من قبل وأكرر الآن إن الحرية هى سماح إذا اعتدى عليه ينشىء للضحية حقا وهذا هو الفرق بينها وبين الحق بمعناه الفنى الدقيق ، ولذا فإن الكلام عن القانون الانسانوى ينصرف عادة إلى جمع الحقوق والحريات معا تحت معالجة واحدة .

ولعل أهم المواثيق الدولية التى تحتوى تلك الحقوق والحريات الاساسية هى :

أ ـــ الاعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى صدر فى ديسمبر سنة ١٩٨٤ .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

ب ـ العهد الجديد بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، وقد صدر عن الجمعية العامة للامم المتحدة وأرفق به لحق اختيارى بشأن شكاوى الافراد من المساس بحقوقهم المقررة فى الوثيقة .

ج ـ العهد الدولى بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وقد صدر كذلك عن الجمعية العامة للأمم المتحدة . وصدر العهدان السالفان فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ودخلا طور التنفيذ فى ١٥ يوليو سنة ١٩٦٧ .

هذا عدا عهود دولية اقليمية مثل الوثاق الاوروبى لحماية حقوق الإنسان والميثاق الافريقى بحقوق الافراد والشعوب .

وأحب هنا أن انبه إلى أننى قد عنونت هذا الشطر من الدراسة بعنوان « الحقوق والحريات » ، والفرق بين الحقوق والحريات فيما اعالجه تحت هذا العنوان هو أن الحريات الاساسية كما قدمت ـ عبارة عن رخص أو اباحات ، أى مكنات يعترف بها بالقانون للناس كافة أو للجماعات ، دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز ، بيد أنها تؤكد حقا قانونيا إذا اعتدى عليها . مثال ذلك حرية التملك فهى فى ذاتها رخصة أما التملك ذاته فحق (عبد الحكيم العيلى ـ الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٧٦ ـ ١٧٧) . فلا عجب إذن أن نعتبر أن قانون تلك الحقوق والحريات مستمد من السنن (قوانين الفطرة أو قوانين الطبيعة) . لأنها لم تؤخذ من تقاليد متواضع عليها ، ولا من قواعد محدودة فى كتاب بل مصدرها سنة الله التى لانجد لها تبديلا (قارن عمر ممدوح مصطفى ـ القانون الرومانى ، ط ٣ ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ١٦) .

أعود بعد هذه المقدمة إلى معالجة كل من شقى الحقوق والحريات الأساسية ـ الجماعية والفردية ـ على حدة بكلمة عاجلة. أما عن الحقوق الجماعية ـ أو بحقوق الشعوب ـ فقد تناولها القسم الأول من العهد الدولى

بشأن الحقوق المدنية والسياسية ، كما عالجها الميثاق الافريقى لحقوق الإنسان والشعوب .

بيد أن تقرير حقوق للشعوب يثير تساؤلا حول الحامل الحقيقى لتلك الحقوق لأن حامل الحق لابد أن يكون ذا أهلية . ولما كان الكثيرون ينكرون على الشعب تمتعه بالاهلية القانونية فانهم يرون أن الفرد الطبيعى هو الذى يمارس تلك الحقوق فحقوق النقابات مثلا تنفرط عندهم إلى حقوق يباشرها الافراد فى معنى حق هؤلاء الافراد فى تكوين النقابات وممارسة النشاط النقابى . ويقابل تلك النزعة نزعة أخرى تقر للشعب باهلية قانونية تجعله صالحا لكسب تلك الحقوق ولذا فإنهم يفرقون بين تمتع الفرد بحق بعينه وبين تمتع الشعب بالحق ذاته فالحق فى الرفاهية مثلا يعنى بالنسبة للفرد حقه فى أن يسهم فى مقومات الرفاهية دون عائق من جنس أو عرق أو دين أما بالنسبة للشعب فيعنى حقه فى أن يسأل الدول تقديم المعونة لمتابعة سياسته فى التنمية

والاعتراض على حقوق الشعوب من حيث أنها لاتتمتع بالاهلية قد تكون له وجاهته ، بيد أن هناك أوضاعا يتمتع فيها الشعب بكيان قانونى ذاتى يضفى عليه أهلية قانونية . وتلك الأوضاع هى عندما تتوافر للشعب — أو لمجموعة منه — عوامل مشتركة توحد بين أفراده وتلفهم فى كيان متكامل موحد للغايات وعندئذ يصبح هذا الشعب — بالتعبير الحديث — أمة ذات اهلية . والاعتراف للامة باهلية قانونية ليس من الأمور المجمع عليها فقهـا بيد أن عهد العصبة قد فصل فى الأمر وأقر فى المادة / ٢٢ الخاصة بالانتداب ، بأن هناك أمما مستقلة أى أمما ذات اهلية قانونية دولية . ويشهد على ذلك الرأى — قوله عز وجل « وقطعناهم فى الأرض أمما منهم الصالحون ومنهم دون ذلك » (الاعراف / ١٦) .

وأغلب الظن عندى أن الرسول قد صدر عن فكرة الأمة المستقلة عندما أعد « الصحيفة » (عهد المدينة) ، فقد وصف المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ، من تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم بأنهم « أمة واحدة من دون

الناس » . وأن « يهود بنى عوف أمة مع المؤمنين .... » وهكذا تخطت « الصحيفة » بهذه النصوص نظام القبيلة البدوى الذى فتت وحدة العرب ودمجت المسلمين فى أمة دون الناس . وقد أكد القرآن الكريم هذا المعنى فى قوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » (آل عمران / ١١٠) .

ولم تستبعد « الصحيفة » من مدلول الأمة الفئات التى لم تعتنق الإسلام بيد أن درجة الانتماء إلى الأمة الإسلامية كما حددتها الصحيفة كانت تتفاوت فقد فرقت بين أصحاب الحق الكامل وبين غيرهم من تابع ونزيل .

ولما كان المنطقى بالنسبة للامة التى تتشكل فى هذا الكيان القانونى أن تأمل تطور كيانها إلى دولة لانها وقد استكملت بهذا التشكيل العنصرين الاجتماعى والمادى فلا يبقى لها إلا توافر العنصر السياسى لكى تغدو دولة . ومن ثم فإن أول حق يمكن أن نقر به لمثل تلك الامة هو حق تقرير المصير فإن سعت إلى ذلك وتحقق لها معقباتها سلما فبها ونعمت وإلا كان لها أن تمتشق الحسام لبلوغ المرام وهذا يدخل فى مفهوم التحرير وتبعا فإن حركة التحرير هى القرين المكين لآمال الامة فى الاستقلال .

وحيث أن الاستقلال السياسى يبدو خاويا لو أن الأمة جردت من ثرواتها أو حرمت من مواردها ، فقد اقترنت الدعوة إلى كسر قيود الاستعمار وفك الامم من الإسار بتقرير حقها فى التصرف بحرية فى ثرواتها ومواردها الطبيعية .

وإذن فإن للامة حقين :

١ ــ حق تقرير المصير وماقد يواكب ذلك من حركة تحرير .

٢ ــ حق التصرف فى ثروتها ومواردها الطبيعية .

فإذا بدأت بحق تقرير المصير نجد أن القومية التى نفذت إلى السياسة تؤكد أن القومية والدولة يجب أن يلتقيا لرسم حدود السلطة السياسية . بيد أن التصور الإسلامى لحق تقرير المصير هو تصور عقيدى اسلامى بمعنى أن اللقاء

بين القومية السياسية والدولة يقابله لقاء بين القومية الدينية ـــ إن صح التعبير ـــ وبين الدولة وهذا الحق يقتضى عندى أن احدد اوصاف حق تقرير المصير حسب النظرية الإسلامية فيما يلى :

(١) حق الامة الإسلامية ـــ أو اجزاء منها ـــ إذا كانت تحت حكم غير اسلامى فى أن تقرر مصيرها « ولاتهنوا ولاتحزنوا وأنتم الأعلون » ، (آل عمران / ١٣٩) ، « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير الذين أخرجوا من ديارهم بغير حق إلا أن يقولوا ربنا الله » (الحج / ٣٩ ، ٤٠) .

(٢) حق الأمة الكتابية أو اجزاء منها ـــ إذا كانت تحت حكم ملحد ـــ فى أن تقررر مصيرها . لان من أهل الكتاب أمة خير فلا يترك أمرها لمن لايخاف الله ولايرحمها .

ولهذه الامم وهى بصدد ممارستها لحق تقرير المصير العقيدى ـــ أن ترفع السيف إذا ماحيل بينها وبين تقرير مصيرها . والقرآن الكريم يعزز ذلك الحق ـــ حسب مفهومى ـــ فى قوله تعالى « ومالكم لا تقاتلون فى سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا أخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها واجعل لنا من لدنك وليا واجعل لنا من لدنك نصيراً الذين آمنوا يقاتلون فى سبيل الله والذين كفروا يقاتلون فى سبيل الطاغوت فقاتلوا أولياء الشيطان إن كيد الشيطان كان ضعيفا » (النساء / ٧٥ ـــ ٧٦) ، ولكن هل يجوز للدولة الإسلامية أن تعين الفئة الكتابية فى ممارستها لحركة تحريرها فى نطاق ماسلفت ؟ الرأى عندى جواز ذلك لان الله تعالى يقول فى حق هؤلاء « ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله اناء الليل وهم يسجدون » (آل عمران/١١٣) إن هذه الفرقة من أهل الكتاب الذين « يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون فى الخيرات » هم الذين قال فيهم الخالق الكبير « وأولئك من الصالحين » . وتبعا فإن نصرة هؤلاء على اعداء الله المتشيعين لماديات الحياة هو من قبيل البر بهم وقد امر الله بقتال ائمة الكفر فإنهم لا ايمان لهم .

ويزكى قولى هذا أن الرسول ﷺ أثنى على حلف الفضول الذى شهده قبل بعثته فى دار ابن جدعان وهو حلف يستهدف تضامن المتحالفين جميعا مع المظلوم ضد ظالمه وقال إنه لو دعى به فى الإسلام لاجاب . ذلك أن تجاوب الرسول مع حلف عقده غير المسلمين مراعاة لاشتراك الحلف فى المذكور فى بعض اهداف ومقاصد النظرية الإسلامية هو الذى يستهمنا هنا فى استنباط الحكم الشرعى ، والحكم فيما ارى هو أن تعين الدولة الإسلامية أمة غير اسلامية على أن تنتزع ذاتها من ربقة دولية تعتدى على الدين . وهنا أحب أن انبه إلى أننى استخلصت هذا الرأى من قبل البر بالكتابيين وقد أمرنا الله به « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم » (الممتحنة / ٨) . والبر غير التوادد الذى نهى عنه المسلمون ، والمودة هى كثرة الحب . يقول تعالى « يايها الذين آمنوا لاتتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون اليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق يخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم إن كنتم خرجتم جهادا فى سبيلى وابتغاء مرضاتى تسرون اليهم بالمودة وأنا أعلم بما اخفيتم وماعلنتم ومن يفعله منكم فقد ضل سواء السبيل » (الممتحنة / ١) .

فإن كان الأمر علاقة بين الدولة الإسلامية وبين شعوب كتابية فإنه لايخرج عن أحد فرضين فاما أن هذه الشعوب منفصلة فى اقليمها وهى لاترتبط وتتئذ بالدولة الإسلامية إلا عن طريق عهد يبرم بين الطرفين وعندئذ تكون محاولتها لتقرير مصيرها نقضا للعهد بينها وبين الدولة الإسلامية كشعب مثلا فى دار الصلح ، وأما أن تكون جزءا من شعب الدولة الإسلامية وعلى اقليمها وهنا تخضع لاحكام الذمة ومن ثم فإن محاولاتها للخروج عن طاعة الدولة تعتبر انفصالا وليس تقريرا للمصير والانفصال صورة يرفضها القانون الدولى المعاصر كما ترفضها النظرية الإسلامية .

أما إذا كانت الشعوب الكتابية تحت نير دولة اخرى فإن كانت هذه الدولة كتابية ايضا فإن النظرية الإسلامية تقف محايدة حيال محاولات التحرر التى

تجرى فى داخل تلك المنطقة مادام أنها لاتمس صالح الإسلام والمسلمين. وإن كانت الدولة المسيطرة دولة ملحدة أو مشركة فإنى أرى أن للدولة الإسلامية أن تمد يد العون للشعب الكتابى كى يتحرر من تلك السيطرة حتى يخلص بدينه وعقيدته لان الله دعى المسلمين إلى أن يبروا بالكتابيين المسالمين فى الدنيا وترك أمر حسابهم لقدرته العالية فى الآخرة .

وأعود فأقول إن مدرك تقرير المصير يشير إلى أن كل أمة تتمتع بسيادة كاملة فيها ويمكنها أن تمارسها إذا ارادت فهو إذن مزيج من الديمقراطية والقومية أو وقد اصبح تقرير المصير نظرية تنتمى إلى طبيعة الدولة ذاتها فإن ذلك جعل من المدرك فكرة تحتل مكانا من اهتمام الجماعة الدولية .

إن الحق فى الاستقلال الوطنى — الذى اصبح يعرف فى الحرب العالمية الأولى بتقرير المصير — كان يعنى فى عمومه أن لكل امة حقا فى أن تكون مستقلة وأن تحدد لذاتها نظام حكمها . فلما نشبت الحرب العالمية الثانية عادت إلى مبدأ تقرير المصير حيويته وأشار إليه ميثاق الامم المتحدة مرتين (م ٢٨ ، م ٥٥/ ٢) .

ولكن هل يمكن أن نتكلم عن تقرير المصير على أنه حق من الحقوق ؟ إن البعض يرى فى المبدأ أنه مبدأ سياسى فحسب ولايمكن أن يؤخذ على أنه مبدأ قانونى ذلك أنه غامض لايمكن تحديد المقصود منه كما أن تطبيقه يمس السيادة ومن ثم فإن نصوص ميثاق الامم المتحدة قد ذكرته على سبيل الحكمة والموعظة الحسنة .

ولكن انصار فكرة أنه حق يقولون إن تقرير المصير حق يعود إلى الشعوب والامم التى تخضع لسيطرة أجنبية وهو يطبق حاليا على الأقاليم التابعة . ولعل نقطة التحول فى تاريخ مبدأ تقرير المصير هو قرار الجمعية العمومية للامم المتحدة الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٠ (١٥١٤ — ١٥) بمنح الاستقلال إلى الأقاليم والشعوب المستعمرة ويوصى بأن تنتقل السلطة السياسية فى كافة الأقاليم التابعة إلى الشعب طبقا لاراداته الحرة .

إن ماقدمت من أحكام يمكن أن اشرح به النظرية الإسلامية ولكن بقيد جوهرى ألا وهو أن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية حق ذو طبيعة عقيدية ينطلق من مسلمة بأن مصير الدول والشعوب يجب أن يكون إلى اعلاء كلمة الحق ونشر الدعوة الإسلامية ومن ثم فإن على الشعوب الإسلامية أن تتخلص من كل وضع تتردى فيه ويكون معوقا لها عن اداء تلك المهمة المقدسة . وعلى هذا فإن كل شعب مسلم يجد ذاته تحت حكم غير اسلامى يكون من حقه أن يسعى إلى التحرر من تلك السيطرة . ويجب على الشعب الإسلامى الذى يعانى من مثل هذا الوضع أن يسعى حثيثا إلى الخروج منه حتى لايصدق عليه قول المولى الكريم « وتودون أن تكون غير ذات الشوكة لكم ويريد الله أن يحق الحق بكلماته ويقطع دابر الكافرين » (الانفال / ٧) .

ولكننا يجب أن نحذر — ونحن بصدد الكلام عن تقرير المصير — من الخلط بين تقرير المصير وبين الانفصال secession ذلك أن الغالب فى الفقه المعاصر — وهو ماأخذ به الحكم القرآنى الكريم — هى اجازة تقرير المصير وتحريم الانفصال . إن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية هو — كما قدمت — حق مرتبط بالعقيدة ولذا فلا جدال فى أنه يعتبر فى النظرية الإسلامية حقا . وهنا تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية المعاصرة فى أمرين :

(١) أولهما أن هناك فريق من الفقه لايريد أن يقبل تقرير المصير على أنه حق وإنما يقبله على أنه مبدأ سياسى فحسب وأن ماجاء بشأنه من نصوص فى ميثاق الامم المتحدة إنما جاء على سبيل الحكمة والموعظة الحسنة . ويتبسط البعض فيقول انه حق ولكنه فى دور التكوين — فى حين أن تقرير المصير فى اطار ماسلفت هو حق لامراء فيه طبقا للنظرية الإسلامية .

(٢) وثانيهما أن النظرية المعاصرة تعانى من الفشل فى ايجاد معيار تحدد فيه الفرق بين تقرير المصير وبين الانفصال وتلك مشكلة واضحة الحل فى النظرية الإسلامية . ذلك أن تقرير المصير فى النظرية الإسلامية هو —

كما اسلفت — حق ذو صبغة عقيدية وتبعا فإن الحركات التى تمس العقيدة ووحدة أصحابها حركات ترفضها النظرية الإسلامية .

وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية تشق طريقها بقدم ثابتة نحو التفرقة بين الانفصال المنشود والانفصال المردود . ومن ثم فإن خروج مجموعة اسلامية أو غير اسلامية على دولة الإسلام هو من قبيل الانفصال المردود . ويرتبط بحق تقرير المصير حق الامة فى ممارسة حركة تحرير وعندئذ تعتبر حركة تحرير مشروعة لانها تتعلق بالعدالة الاجتماعية والسياسية فى الاسرة الدولية التى تفتقر إلى قوة مركزية . وعندى أن القرآن الكريم قد عبر عن كل ماسلفت من معان فى قوله الكريم « ومالكم لاتقاتلون فى سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين يقولون ربنا اخرجنا من هذه القرية الظالم أهلها » .

ويطيب لى أن أضيف هنا أن القرآن الكريم قد سبق — بصريح نص هذه الآية — ماانتهت إليه الجماعة الدولية المعاصرة كمظهر حضارى للحريات التى تباهى بأنها لم تسبق فى حمايتها . ذلك أن القانون الدولى المعاصر يبيح — استثناء من تحريم استخدام القوة — أن تمد الدول يد المساعدة بالسلاح والعتاد والقوة لحركات التحرير . والآية الكريمة تبيح القتال — بل وتستحث عليه — فى سبيل نصرة الجماعات التى أركست فى ظلم دولة ما للتحرر من ربقة طغيان تلك الدولة .

بيد أننى أكرر مرة أخرى أن النظرية الإسلامية لاتقبل حركات الانفصال كما لاتقبلها النظرية المعاصرة ، غير أن النظرية الإسلامية أقامت معيارا محدداً دقيقاً يمكن أن نتعرف به على ماإذا كنا أمام حركة انفصال أم حركة تحرير واستطيع أن أجمع حركات الانفصال المحرمة فى النظرية الإسلامية تحت عنوانين رئيسين : (١) الردة (٢) والبغى

وأتناول كلا من هاتين القضيتين فى ايجاز لأن دراستهما فى الحقيقة أدخل فى القانون الإنسانى ــ وتبعا قانون الحرب ــ منها فى قانون السلام . ويتضح لنا من العرض الوجيز الذى أقدمه للظاهرتين السالفتين أنالنظرية الإسلامية تشق طريقها بقدم ثابتة نحو التفرقة بين الانفصال المنشود والانفصال المردود كما قلت .

كذلك من بين الحقوق التى يمارسها الشعب ــ أو الامة ــ الحق فى ممارسة سيادة دائمة على ثرواته وموارده الطبيعية ، وهذا ماأتناوله بكلمة بعد المعالجة الموجزة لأحكام النظرية الإسلامية فى الردة والبغى .

وأبدأ بالكلام عن الردة والبغى نقلا عن أبى يعلى محمد بن الحسين الفراء (الأحكام السلطانية ، القاهرة ، ١٣٥٧ ، ص ٣٥ ــ ٤١) .

أ ــ قتال أهل الردة :

أى قتال قوم حكم باسلامهم ثم ارتدوا عن الإسلام وهؤلاء قال فيهم رسول الله « من بدل دينه فاقتلوه » وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل دم امرىء مسلم إلا بثلاث : كفر بعد إيمان أو زناً بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس » .

وحكم هؤلاء إن كانوا فى قدرة المسلمين لقلة عددهم ولأنهم لم يتحيزوا بدار يتميزون بها عن المسلمين فلا حاجة إلى قتالهم فان تابوا قبلت توبتهم ، ولايجوز اقرار المرتد على ردته بجزية ولاعهد ولاتؤكل ذبيحته ولاتنكح منهم امرأة . واختلف فى قتلهم هل يعجل فى الحال أم يؤجلون فيه ثلاثة أيام . والحق أن هذا الفرض لايخرج عن كونه جريمة يرتكبها من تمتد إليه الولاية الشخصية للدولة فيعاقب بالعقوبة الجنائية التى ينص عليها القانون .

وهو بذلك فى صلته بالقانون الدولى ادخل فى القانون الانسانوى منه فى

القانون الانسانى . أما إذا انحازوا إلى أرض ينفردون بها عن المسلمين حتى يصيروا فيها ممتنعين أو فى قول آخر إذا أصبحوا حكومة واقع تمارس سلطاناً على جزء من الإقليم فيجب قتالهم على الردة ويجرى على قتالهم بعد الانذار والإعذار حكم قتال أهل الحرب مع فروق عدة :

أحدها : أنه لايجوز أن يصالحوا على مال يقرون به فى ديارهم ويجوز أن يهادن أهل الحرب .

الثانى : أنه لايجوز أن يسترقوا ولا أن تسبى نساؤهم (على خلاف بين الفقهاء) ويجوز أن يسترق أهل الحزب وتسبى نساؤهم .

الثالث : أنه لايملك الغانمون أموالهم ويملكون ماغنموه من أهل الحرب .

ويدخل فى حكم المرتدين ويعاملون معاملتهم فى القتال بما أسلفت من أحكام القوم الذين يمتنعون عن أداء الزكاة إلى الامام العادل جاحدين بها . وتلك هى فتوى أبى بكر وصحابة الرسول ﷺ التى كانت مبرراً لحروب الردة ولى عليها تحفظ أبديه فى حينه .

ب ــ قتال أهل البغى والخوارج :

وهم الذين يخرجون على الامام ويخالفون الجماعة وينفردون بمذهب ابتدعوه . والخوارج وإن كانوا أهل بغى فإنما يقصد بهم فى التاريخ الإسلامى من فارقوا علياً بن أبى طالب وخرجوا عليه عندما قبل التحكيم مع معاوية ونزلوا فى مكان يقال له حروراء ومن ثم قيل لهم الحرورية ، وكان كبيرهم عبد الله بن الكواء اليشكرى وشبث التميمى . وقد عرض منهم قوم لعلى وهو يخطب على منبره وتنادوا « لاحكم إلا لله تعالى » فقال على « كلمة حق اريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لانمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله . ولانبدؤكم بقتال ولانمنعكم الفىء مادامت أيديكم معنا » .

وحكم هؤلاء إن تظاهروا وهم على اختلاطهم بأهل العدل (أى باقى الشعب) أن يوضح لهم الإمام فساد ما اعتقدوا وبطلان ماابتدعوا ليرجعوا عنه إلى اعتقاد الحق ومرافقة الجماعة . ويجوز للإمام أن يعزر من تظاهر منهم بالفساد أدباً وزجراً ولا يتجاوز ذلك إلى قتل أو حد . والوضع هنا أقرب مايكون إلى أحزاب المعارضة فإن حرية الرأى مكفولة لهم ماداموا لايقرنون المعارضة بأعمال عنف أو يدعموها بالقوة فإن هم فعلوا ذلك كان للإمام ــ أى ولىّ الأمر ــ أن يعزرهم . وهذا أيضاً فرض لاعلاقة له بالقانون الدولى الإنسانى ، ولايتغير هنا الحكم حتى ولو اعتزلت تلك الفئة الباغية أهل العدل وتحيزت بدار تميزت فيها عن مخالطة الجماعة ــ أى أنهم لايحاربون ماأقاموا على الطاعة وأدوا ماعليهم من حقوق ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج بالنهروان علياً فولى عليهم عاملا أقاموا على طاعته زماناً إلى أن قتلوه وخرجوا على الطاعة ومنعوا ماعليهم من حقوق . ولكن الحكم يختلف إذا خرجت الفئة الباغية على الامام .

ذلك أن المروق عن طاعة الامام ــ سواء تجمع أصحابه تحت إمرة زعيم لهم أم لا ــ هو نوع من الحرب الأهلية تقتضى محاربتهم طواعية لقوله عز وجل « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين » (الحجرات / ٩) . والبغى المقصود هنا قد يكون بالتعدى فى القتال وقد يكون بالعدول عن الصلح . ويخالف قتالهم قتال المشركين والمرتدين من ثمانية أوجه :

١ ــ أن يقصد بالقتال ردعهم ولايعتمد به قتلهم ويجوز أن يعتمد قتل المشركين والمرتدين .

٢ ــ مقاتلتهم مقبلين والكف عنهم مدبرين . ويجوز قتال أهل الردة والحرب مقبلين ومدبرين .

٣ ــ ألا يجهز على جريحهم وإن جاز الاجهاز على جرحى المشركين والمرتدين (على تفصيل أتركه) . وقد أمر على بن أبى طالب مناديه أن

ينادى يوم معركة الجمل : ألا لايتبع مدبر ولا يذفف على جريح (أذف الجريح أسرع قتله وأجهز عليه) .

٤ ــ لايقتل أسراهم وإن قتل أسرى المشركين والمرتدين (على خلاف أتركه) .

ويعتبر أحوال من فى الأسر منهم فمن أمنت رجعته إلى القتال أطلق ، ومن لم تؤمن منه الرجعة حبس إلى انجلاء الحرب ثم يطلق ولم يجز أن يحبس بعدها . أطلق الحجاج أسيراً من أصحاب قطرى بن الفجاءة لمعرفة كانت بينهما فقال له قطرى عد إلى قتال عدو الله الحجاج فقال هيهات غل يداً مطلقها واسترق رقبة معتقها .

٥ ــ لاتغنم أموالهم ولاتسبى ذراريهم . قال الرسول « منعت دار الإسلام مافيها وأباحت دار الشرك مافيها » ودار البغاة دار اسلام .

٦ ــ لا يستعان لقتالهم بمشرك معاهد ولا ذمى وإن جاز أن يستعان بهم فى قتال أهل الحرب والردة .

٧ ــ لايهادنهم الامام إلى مدة ولايوادعهم على مال فإن هادنهم إلى مدة لم يلزمه فإن ضعف عن قتالهم انتظر بهم القوة عليهم وإن وادعهم على مال بطلت الموادعة ونظر فى المال فإن كان من صدقاتهم أو من فيئهم لم يرده عليهم وصرف الصدقات فى أهلها والفيء فى مستحقيه وإن كان من خالص أموالهم لم يجز أن يملكه عليهم ووجب رده اليهم .

٨ ــ لاينصب عليهم العرارات (والعرارة آلة من آلات الحرب وهى منجنيق صغير). ولاتحرق عليهم المساكن ولايقطع عليهم النخيل والأشجار لأنها كما قلت دار اسلام وان بغى أهلها فإن أحاطوا بأهل العدل (أى جيوش الدولة والمدنيين فيها) وخاف أهل العدل منهم الابادة جاز أن يدفعوا عن أنفسهم مااستطاعوا بالوسائل الفعالة للدفاع فإن المسلم إذا أريدت نفسه جاز له الدفع عنها بقتل من ارادها إذا كان لايندفع بغير القتل ، وهذا تطبيق منطقى لحق الدفاع الشرعى .

ويختلف الرأى حول جواز الاستعانةوبدوابهم وسلاحهم فى قتالهم بين مانع ومجيز .

وأهل البغى والخوارج — كما أسلفت — يقابلون من تتكلم عنهم المادة الثالثة المشتركة فى اتفاقيات جنيف واورد نصها على سبيل المقارنة :

« فى حال قيام اشتباك مسلح ليست له صفة دولية فى أراضى أحد الأطراف السامية المتعاقدين ، يتعين على كل طرف فى النزاع أن يطبق — كحد أدنى — الأحكام الآتية :

١ — الأشخاص الذين ليس لهم دور ايجابى فى الأعمال العدائية بما فيهم افراد القوات المسلحة الذين سلموا سلاحهم وأبعدوا عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الأسر أو أى سبب آخر ، يعاملون فى جميع الأحوال معاملة انسانية دون أن يكون للعنصر أو اللون أو الدين أو الجنس أو النسب أو الثروة أو ماشابه ذلك أى تأثير سىء على هذه المعاملة .

ولهذا الغرض تعتبر الأعمال الآتية محظورة . وتبقى معتبرة كذلك فى أى وقت وفى أى مكان بالنسبة للأشخاص المذكورين أعلاه .

أ — أعمال العنف ضد الحياة والشخص وعلى الأخص القتل بكل أنواعه وقطع الأعضاء والمعاملة القاسية والتعذيب .

ب — أخذ الرهائن .

ج — الاعتداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص التحقير والمعاملة المزرية .

د — اصدار أحكام وتنفيذ عقوبات دون محاكمة سابقة أمام محكمة عدل قانونية تكفل جميع الضمانات القضائية التى تعتبر فى نظر الشعوب المتمدنة لامندوحة عنها . .

٢ — يجمع الجرحى والمرضى ويعتنى بهم ..

وقد قيض الله لهذه الفئة لحقاً هو اللحق (البروتوكول) الثانى من اللحقين الذين تمخض عنهما مؤتمر جنيف لتطوير القانون الإنسانى فى ١٩٧٦ . وقد تعثر هذا اللحق إلى حد يسمح للمرء بأن يقول فى ثقة إنه ولد موؤداً على الرغم من تواضع أحكامه وتخاذل ضماناته. ويشترك اللحق ذاك مع المادة التى أسلفت نصها فى أنه يقصر ضماناته الأساسية على من لايقوم بدور ايجابى فى الأعمال العدوانية ومعهم الجرحى والمرضى والغرقى ، ويقدم لهؤلاء ضمانات لاتخرج فى تفصيلها عما عممته المادة الآنفة الذكر . ويضيف إلى ذلك بشأن وسائل وطرائق القتال مايمنع الضرار ويحرم الغش ولايسمح بحرمان الأحياء من حق الاستجارة ويضع مبادىء لحماية المدنيين والشعب المدنى والأطفال ـــ وماجاء فى هذه الحماية وتلك الضمانات هو بعض ماجاء فى أحكام النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية ولذا أكتفى هنا بالاشارة إلى أن أوضح فيما بعد العبارة .

ولنا أن نقارن هذا بما قاله على بن أبى طالب لجنوده فى حربه مع معاوية فقد أمرهم بالآتى :

« إذا هزمتموهم فلا تقتلوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولاتكشفوا عورة ولاتمثلوا بقتيل ولا تهتكوا ستراً ولاتدخلوا داراً إلا باذن ولا تأخذوا من أموالهم شيئاً ولاتعذبوا النساء بأذى وإن شتمنكم وشتمن امراءكم واذكروا الله لعلكم ترحمون » .

وجلى مما قدمت أن التنظيم الخاص بالنزاع العسكرى الذى ليست له طبيعة دولية يسعى على استحياء فهو دون الضمانات التى جاءت بها أحكام النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية بكثير بل إن الفلسفة من وراء تجزئة احكام تطوير القانون الإنسانى إلى لحقين إنما قامت على الضن على النزاع المسلح ذى الطبيعة غير الدولية بالضمانات ذاتها المقررة للنزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية . أما النظرية الإسلامية فتقف على النقيض إذ تنظر إلى الاشتباك المسلح مع البغاة والخوارج نظرة حانية وتضمن لهم من القواعد والكفالات مابخلت به على النزاع المسلح ذى الطبيعة الدولية مع المشركين والمرتدين .

٢ ــ الحق فى السيادة على الموارد الطبيعية :

بد هى أن الدولة وهى الحاكمة لكل ما على إقليمها من أشخاص وأموال أن تكون هى صاحبة الحق المطلق فيما يوجد باقليمها من موارد طبيعية ولكن الذى نسعى إليه هنا هو حق الشعب ــ قبل أن يصبح دولة ــ فى تلك الموارد . وقد دعى إلى تقرير ذلك الحق للشعوب خشية أن يسىء المستعمر استغلال تلك الموارد أو أن يدعى أنه هو صاحب الحق المانع فيها . ولذا رؤى من قبيل تحجيم الاستعمار وتصفيته أن يتقرر ذلك الحق للشعب مباشرة ليستبقى لذاته تلك الثروات إلى أن يصبح قادرا على الانتفاع بها .

لقد تبنت الامم المتحدة ــ فى دورتها السابعة والعشرين ــ تصريحا يتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية يؤكد حق الشعوب والدول فى سيادتها الدائمة على الموارد الطبيعية . ولكنه قيد هذا الحق بقيود أربعة هى أنه :

١ ــ إذا أممت الدولة مواردها الطبيعية فيجب أن تدفع ماقبلا لما تأخذ بطريق مشروع من حقوق وأموال .

٢ ــ يدفع المقابل بما يتفق والمعايير الدولية .

٣ ــ تتمتع اتفاقات الاستثمار التى تبرم بين الدول والاطراف الخاصين بقوة ملزمة .

٤ ــ يحترم الاتفاق بين الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم ويكون ملزما لهما.

والحق بهذه المواصفات ليس واضحا فى النظرية الإسلامية ولكننا نستطيع أن نستلهمه من بعض الآيات القرآنية وأن نقرره أخذاً بالمصالح المرسلة من حيث أن الشعب الذى تقرر له هذا الحق لابد أن يكون شعبا مسلماً يرزح تحت نير استعمارى غير اسلامى أوشعبا كتابيا يئن تحت سيطرة استعمار ملحد أو مشرك .

ومما اورده هنا قوله عز وجل « لا تمدن عينيك إلى مامتعنا به أزواجا منهم » (الحجر / ٨٨) . فالخطاب هنا وإن كان موجها للرسول إلا أنه يرسى مبدأ عاما . ويروى أن سبع قوافل أتت فى يوم واحد من بصرى وأزرعات إلى يهود

بنى قريظة وبنى النضير فقال المسلمون : لو كانت لنا لأنفقناها فى سبيل الله ، ولذا نزلت الآية . يؤيد هذا قوله تعالى « أن تكون أمة هى أربى من أمة » (النحل / ٩٢) ، وإذن فسنة الله اقتضت أن تتفاوت الاقوام فى الثراء وألا يكون ذلك التفاوت مدعاة لان تطمع امة فى ثروة أمة أخرى . ولذا فإنى أرى أن عموميات هذا الحق كما استقرت فى القانون الدولى ـــ يمكن أن تقبل ضمن أحكام النظرية الإسلامية فى قانون السلام . وذلك تطبيقا من تطبيقات فكرة امكانية تكامل الفكرين ـــ الدولى الإسلامى والغربى ـــ التى ألمحت إليها فى بدايات هذه الدراسة .

القانون الانسانوى :

لقد نشأت فكرة حقوق الإنسان ـــ أو القانون الانسانوى ـــ أول مانشأت بالنسبة للفرد داخل الدولة كشعار يثور على الظلم والعدوان . ولذا يؤ‍ّ صلابة تلك الحقوق ووصفوها بأنها حقوق طبيعية قضت بها الفطرة وعمت البسيطة . ثم أطل القرن التاسع العشر باتجاهات الثورة الفرنسية التى آمنت بان شعارات الاخوة والمساواة لها معناها الدولى وأنها تبعا يجب أن تلقى قبولا دوليا . وقد برزت الاهتمامات الدولية الاولى بالفرد فى نطاق مايجب له من حماية قبل الدولة التى يقيم على اقليمها وهذه هى التى يقابلها فى الإسلام نظام « الامان » ، إذا كانت الاقامة مؤقتة « والذمة » إذا كانت دائمة . وقيض الله لهذا الاتجاه العالمى نحو حماية حقوق الفرد ركيزة دائمة مستقلة بعد الحرب العالمية الأولى فى قيام منتظم العمل الدولى ثم راح بعد الحرب العالمية الثانية يستحدث حقوقا تحفظ للإنسان كرامته وتكرم نصرته .

وقد نبتت فى السنوات الاخيرة دراسة جديدة تتصل بحقوق الجماعات أو الشعوب ولذا فإنهم يسمونها بحقوق « الجيل الثالث » أو « حقوق التعاضد » ، ومعظم هذه الحقوق مدركات لازالت تتحسس طريقها إلى الاستقرار ولمّا تصبح ملزمة . وإذن فالقانون الانسانوى يهتم بالانسان كفرد طبيعى كما يهتم بالمجموعات البشرية ، أى أنه يعالج حقوق الإنسان فى فرديته وجماعيته .

ومن ثم فإن للقانون الانسانوى شعبتين الآن :

(١) حقوق الإنسان .

(٢) حقوق الشعوب . واتناول كلا من الشعبتين بكلمة على حدة .

حقوق الإنسان :

تهيأت الجماعة الدولية ــ لاسيما بعد قيام الامم المتحدة ــ لاحلال الفرد مكانة واضحة فى الحياة الدولية وحمايته ضد العسف والجور . وسجل هذا الاتجاه الإنسانى الثانى فى مواثيق عدة ، كما تأكد بعضه فى اعراف دولية .

إن حقوق الإنسان ــ التى سلكت دربا طويلا عبر تاريخ ممتد ــ قد أصبحت تتجمع اليوم ــ فى رافدين هما :

(١) الحقوق التى تضمن للفرد أن يعيش دون تدخل فى حياته الخاصة وتوفر له حياة رغدة بعيدة عن تلصص السلطات العامة مادام أنه لاينال الغير بضرر .

(٢) الحقوق التى تسمح للفرد بأن يسأل الدولة أن تنتصف له ممن يغالبه لاسيما فى المجالات الاقتصادية والاجتماعية .

والطريف أن هناك اتجاه اليوم إلى اطلاق مسمى « الجيل الأول » « والجيل الثانى » على التوالى على تلك الحقوق .

والحق أنه على الرغم من التعدد فى الاجراءات والمواثيق التى تحمى حقوق الإنسان فإن الإنسان هو الإنسان فى كل زمان ومكان وحماية حقوقه الطبيعية لاتختلف باختلاف المقومات والبقاع . وتبعا فإنى لا أتوقع أن يكون هناك خلاف جذرى بين النظرة الغربية الصادقة إلى حقوق الإنسان وبين سابقتها النظرة الإسلامية إلى تلك الحقوق .

والتقسمة الرئيسة لتلك الحقوق والحريات هى تقسمتها إلى : حقوق مدنية وسياسية ، وحقوق اقتصادية واجتماعية وثقافية . وهناك تقسمات أخرى لتلك الحقوق والحريات لعل أطرافها هو تقسمتها إلى حقوق باهظة التكاليف وحقوق

بلا تكاليف، والمثل يوضح مااقول. فحق الانسان مثلا فى محاكمة عادلة يتطلب من الدولة اقامة المحاكم وتزويدها بالقضاة واعضاء النيابة وتوفير القوات اللازمة لضمان تنفيذ الاحكام جبرا . بيد أن الذى يجب أن اؤكده أنه من الخطورة بمكان أن نحاول ترجيح حقوق على الاخرى كما تحاول الدول أن تفعل اليوم فالدول الاشتراكية تريد أن تعطى العلوية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، ويسخر الغربيون من ذلك فيقولون إن حقوق الإنسان تبدأ بعد وجبة الافطار ولذا تركز الدول الغربية أولا على الحقوق المدنية والسياسية. ويسخر الاشتراكيون بدورهم من ذلك فيقولون إن حقوق الإنسان تبدأ عند مركز الشرطة . وربما كان هذا من وراء صدور عهدين دوليين أحدهما للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والآخر للحقوق المدنية والسياسية بغية وضع الفئتين من الحقوق على قدم المساواة .

وإذا أردنا تعداد ما للانسان من حقوق وحريات فى عصرنا هذا فقد نصل إلى اربعين أو خمسين حقا وحرية . اننى إذا القيت نظرة جامعة على الوثائق الدولية التسع ــ ميثاق الامم المتحدة ، الاعلان العالمى لحقوق الإنسان ، العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية ، العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، العهد الاوروبى، والميثاق الاشتراكى الاوروبى، والاعلان الامريكى والعهد الامريكى، والميثاق الافريقى ــ فإن التعداد الشامل يجمع تلك الحقوق فيما يلى :

١ ــ الحريات المادية ــ حرية الذات والبدن ، وهذه تشمل الحقوق والحريات المادية مثل حق الإنسان فى الحياة وحقه فى الحرية والأمان والحركة والملجأ ضد العسف والجور .

٢ ــ الامن الغذائى والصحى والاسروى ، وذلك بضمان مستوى معين من الحياة للفرد وتوفير الرعاية الصحية له وتشجيع الزواج والامومة وحماية الطفولة .

٣ ــ الحق فى العمل والدخل والملكية بتأمين حق الانسان فى العمل وحرية اختيار عمله وتبعا تحريره من الاسترقاق والعبودية والسخرة وتأكيد

ظروف ملائمة للعمل والاجر ، وحقه فى الراحة والتأمين الاجتماعى والرفاهية والملكية .

٤ ــ الحق فى القسطاس ، أى فى أن يعامل بمقتضى القوانين العادلة والاجراءات القانونية السليمة ومن ثم اقرار مبدأ المساواة امام القانون والمحاكمة المنصفة وتأمين المتهم إلى أن يدان .

٥ ــ الحرية المعنوية ، اى حرية الفكر والضمير والعقيدة وتبادل المعلومات والآراء والتعليم والتدريب وحماية خصوصياته وشرفه وسمعته .

٦ ــ حرية التجمع والعمل الجماعى وانشاء الجمعيات والنقابات .

(راجع Sieghart, Paul- The lawfull Rights of Mankind, Oxford, New York, 1985, pp. 105- 168).

إن تلك الحقوق التى يفاخر بها الغرب اليوم كلها ويزيد عليها أوليات فى النظرية الإسلامية صاحبة الفضل فى السبك والحبك . وهاكم البيان مرتبا على توافق مع التعداد الذى أسلفت . وأود قبل أن استعراض حقوق الإنسان فى النظرية الإسلامية أن اقول إن دفاع المسلم عن تلك الحقوق يعتبر ــ فى المفهوم الإسلامى ــ حقا شرعيا وواجبا عقائديا فالرسول ﷺ يقول « من قاتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قاتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قاتل دون عرضه فهو شهيد ، ومن قاتل دون مظلمة فهو شهيد » ، بل قرر الإسلام حقوقا ايجابية للمسلم على أخيه المسلم « المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا » .

الحريات المادية (حرية الذات والبدن) :

لنا أن نقارن هنا بين عبارات الوثائق التسع وبين الحديث الشريف « كل المسلم على المسلم حرام : عرضه وماله ودمه » ، وليس أروع ــ فى تقديس حق الإنسان فى الحياة ــ من قوله عز وجل « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » (المائدة / ٣٢) . وقوله تعالى « ومن يقتل مؤمنا

متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » (النساء / ٩٢ ــ ٩٣) .

وصدقت حكمة الله « ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون » (البقرة / ١٧٩) .

ويقول الرسول ﷺ فى أمان المسلم « المسلم من سلم الناس من يده ولسانه » . ويؤكد ﷺ أن المرء لايؤمن حتى يأمن جاره بوائقه .

وقد جعل الإسلام الهجرة حقا لمن اضطهد وواجبا عليه فى الوقت ذاته « إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى انفسهم قالوا فيما كنتم قالوا كنا مستضعفين فى الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها اولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لايستطيعون حيلة ولايهتدون سبيلا فاولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا . ومن يهاجر فى سبيل الله يجد فى الأرض مراغما كثيرا وسعة ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله وكان الله غفورا رحيما » (النساء / ٩٧ ــ ١٠٠) .

وإذا كانت الهجرة واجبة على المضطر فراراً بدينه وعقيدته فإن الايواء واجب على القادر فردا كان أو جماعة أو دولة « والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولايجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » . (الحشر / ٩) . ويجعل هذا الحق « للفقراء والمهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا » (الحشر / ٨) .

وقد قرر الإسلام لذلك حق الجوار للمستجير ولو كان كافراً بل ومحاربا « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦).ويظل هذا اللاجىء المستجير آمنا حتى يرجع إلى بلاده ويبلغ مأمنه .

٢ ـ الامن الحياتى (تأمين حاجيات الإنسان) :

فالإسلام يفرض على الدولة أن توفر للمسلم حد الكفاية وليس حد الكفاف . ومن هنا يفرض الإسلام فى مصارف الزكاة اعطاء الغارمين ، والغارمون أقسام فمنهم من تحمل حمالة أو ضمن دينا فلزمه فأحجحت بماله أو غرم فى أداء دينه أو فى معصية ثم تاب ، كما جعل القرآن من مصارف الزكاة اعطاء الفقير والمسكين . وفى الحديث الشريف « ايما عرضة بات فيها امروء جائع فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » ويقول تعالى « وفى اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (الذاريات / ١٩) وكذلك « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا » (الإنسان / ٨) .

أما عن الصحة فقد امر الإسلام بالنظافة وكانت الطهارة من صفات المؤمنين وشرطا للصلاة . وفى الحديث « ماملأ ابن آدم وعاء قط شرامن بطنه » وقد امر الرسول بالتداوى عند المرض وعيادة المرضى ، وتعددت المستشفيات التى بناها الحكام المسلمون وضمت الاقسام العلاجية المختلفة والصيدليات ، كما أن للعريان الحق فى الحصول على كساء ، وعلينا أن نقدم للجريح المريض وسائل العلاج والدواء دون اعتبار لكونه عدوا أم صديقا . ويقول الرسول « إن لبدنك عليك حقا » . ويهتم بالعلاج ويروى عنه أنه قال، « الشفاء فى ثلاثة شربة ماء أو شرطة مبضع أو كية نار » . وهذا رمز لطرق العلاج المختلفة .

وقد بلغ من تشجيع الزواج أن كانت الدولة الاموية فى عهد عمر بن عبد العزيز هى التى تدفع المهر لمن لايستطيع دفعه « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » ، (الروم / ١١) . « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (البقرة / ٢٢٩) .

وتتجلى نظرة الإسلام فى صلة التربية الاسروية بالاصلاح الاجتماعى فى الآية الكريمة « والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين واجعلنا للمتقين اماما » (الفرقان / ٧٤) . وقد روى الواقدى باسناده « أمر عمر

فكتب إلى عمال أهل العوالى فكان يجرى عليهم القوت ثم كان عثمان فوسع عليهم فى القوت والكسوة . وكان عمر يفرض للنفوس مائة درهم فإذا ترعرع بلغ به مائتى درهم فاذا بلغ زاده ، وكان إذا أتى باللقيط فرض له مائة وفرض له رزقا يأخذه وليه كل شهر بقدر مايصلحه ثم ينقله من سنة إلى سنة وكان يوصى بهم خيرا أو يجعل رضاعهم ونفقتهم من بيت المال » . وروى البلاذرى عن ابن عمر « إن عمر كان لايفرض للمولود حتى يفطم ثم نادى مناديه : ألا تعلموا أولادكم عن الفطام فانا نفرض لكل مولود فى الإسلام وقد مر رجل على الخليفة عثمان فسأله الخليفة عن عياله فقال عثمان : قد فرضنا لك وفرضنا لعيالك مائة مائة ... وكان عمر يفرض للمولود إذا ولد فى عشرة فاذا بلغ أن يفرض له الحق بالفريضة فلما كان معاوية فرض ذلك للعظيم فلما كان عبد الملك بن مروان قطع ذلك» (البلادزرى ـــ فتوح البلدان ، تحقيق رضوان محمد رضوان ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ٤٣٨ ، ٤٤٥) .

وقبل قرون اضطلع ولى الأمر بشئون القصر وتولى امورهم مباشرة إن لم يكن لهم ولى ومحاسبة اوليائهم وأوصيائهم إن توفروا . كما وفرت الشريعة الضمانات لحفظ حقوق اليتامى « وآتوا اليتامى أموالهم ولاتبدلوا الخبيث بالطيب ولاتأكلوا اموالهم إلى اموالكم إنه كان حوبا كبيراً » (النساء / ٢) .

٣ ـــ الحق النفعى (العمل والدخل والملكية) :

يجعل الإسلام العمل حقا للإنسان وواجبا عليه حتى لايكون عالة على المجتمع فالرسول يقول عن الشاب المجاهد القوى « إن كان خرج على ابوين له شيخين فهو فى سبيل الله ، وإن كان خرج على أولاد له صغار فهو فى سبيل الله ، وإن كان خرج يسعى على نفسه ليقيها السؤال فهو فى سبيل الله » . وكان من بيان القرآن الكريم فى معنى الفقر أنه عدم الحصول على العمل مع القدرة عليه « للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لايستطيعون ضربا فى الأرض » (البقرة / ٢٧٣) . « لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل » (النساء / ٥٩) .

ويفرض الإسلام على الدولة أن تهيىء العمل لمن كان قادرا عليه وأن تحمى حقوقه . ويروى أن الرسول ﷺ أعطى الرجل درهمين وقال له « كل بأحدهما واشتر بالآخر فأسا للعمل به » ولقد أوجب الغزالى فى « الاحياء » على ولى الأمر أن يزود العامل بآلة العمل . وقد ذم القرآن الكريم غصب ثمرة العمل « وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا » (الكهف / ٧٩) « ولاتبخسوا الناس اشياءهم ولاتفسدوا فى الأرض بعد اصلاحها » (الاعراف / ٨٥) « وآتوا حقه يوم حصاده » (الانعام / ١٤١) .

وروى أن ابا عبيدة تحدث يوما مع عمر عن استعمال اصحاب الرسول فقال له « أما إن فعلت فاعنهم بالعمالة عن الخيانة » . وقد راعى عمر فى فرض رواتب عماله الكفاية وأن تزهد على نفسه لأن الزهد تطوع لافرض « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه » (الملك / ١٥) . « ولقد مكناكم فى الأرض وجعلنا لكم فيها معايش » (الاعراف / ١٠) . وقد ورد فى الحديث الشريف « ماحققت من كسب عملك فهو أجر لك فى موازينك يوم القيامة » ، وكان المحتسب يراقب سوق العمل ويراعى ألا تكلف امرأة أو صبى بما يجاوز طاقته . ويقول الرسول « إن الله يحب المؤمن المحترف » .

وتقرر الشريعة الغراء حقوق الإنسان وحرياته فى الكسب والتملك « للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن » (النساء / ٣٢) . ويقول تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (البقرة / ١٥٨) ، وكان للذميين نوع من التأمين الاجتماعى ضد الشيخوخة والمرض والفقر . وقد اعلن خالد بن الوليد فى معاهدة الصلح مع أهل الحيرة « وجعلت لهم ايما شيخ ضعيف عن العمل أو اصابته آفة من الآفات أو كان غنيا فافتقر وصار أهل الحرية يتصدقون عليه طرحت جزية وعيل من بيت المال المسلمين وعياله ماأقاموا بدار الإسلام » . (اشتراكية الإسلام لمصطفى السباعى ص ١٣٦) .

٤ ــ القوانين العادلة

لاغرو أن تشرئب اعناق الناس إلى جو تسوده العدالة وتمحص فيه القضايا تمحيصا دليله النزاهة ورائده الحق فلا يعاقب برىء ولاينجو مجرم « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » (الحديد / ٢٥) . « إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (النساء / ٥٨) .

كتب عمر بن الخطاب منشورا للناس يقول فيه : « إنى لم ابعث عمالى ليضربوا جلودكم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى لنقتص له . فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلا أدب بعض رعيته أتقصه منه ؟ فقال عمر « إنى والذى نفسى بيده لأقصه منه وقد رأيت رسول الله ﷺ يقص من نفسه » .

وقد آذى يهودى الرسول بلسانه ويده ولكن الرسول لم يأذن بترويعه .

وبلغ من عدالة قوانين الإسلام أن جعل النظرة المجردة داخل بيت الإنسان اعتداء على حريته ، وقد أدب الرسول امته ألا تفعل هذا . عن أبى ذر قال قال رسول الله ﷺ « أيما رجل كشف سترا فأدخل بصره قبل أن يؤذن له فقد أتى حداً لايحل له أن يأتيه ، ولو أن رجلا فقأ عينه بسبب ذلك لهدرت » . وقصة عمر عندما تسور المنزل بعد أن استمع لضجيج السكارى ورآهم من ثقب الباب فاراد حدهم فقالوا له لقد خالفنا الله فى واحدة وخالفته فى ثلاث خالفناه فى شرب الخمر وتحسست أنت وتجسست وأتيت البيوت من غير أبوابها .

وروى عن النبى ﷺ أنه قال « من مشى مع مظلوم حتى يثبت له حقه ثبت الله قدميه على الصراط يوم تزل الاقدام » وقد روى ابو عبيدة وغيره : لما استخلف عمر بن العزيز وفد عليه قوم من سمرقند ودفعوا إليه أن قائده دخل مدينتهم واسكنها المسلمين على غدر فكتب عمر إلى عامله يأمره أن ينصب لهم قاضيا ينظر فيما ذكروا فان قضى باخراج المسلمين خرجوا فحكم القاضى باخراج

المسلمين على أن ينابذوهم على سواء فكره أهل سمرقند الحرب وأقروا المسلمين فأقاموا بين ظهرانيهم . (البلاذرى ـــ فتوح البلدان ، المرجع السابق ، ص ٤١١) .

وقرر الأصوليون قاعدة البراءة الاصلية إعمالا لاستصحاب الحال فالأصل بقاء ماكان على ماكان حتى يثبت مايغيره .

٢ ـــ الحريات المعنوية :

يقرر الإسلام حرية الفكر والعقيدة فى مبدأ عام « لا إكراه فى الدين » (البقرة / ٦٥) . أما استخدام القوة فى الإسلام فهو لأمرين ضروريين أولهما جهاد الاعداء وثانيها حماية الأمن والنظام . وفى سبيل الدفاع عن حرية الفكر ضرب الإمام مالك حتى خلعت كتفه وسجن الامام ابو حنيفة حتى مات فى معتقله وجيء بالامام الشافعى مغللا بالاصفاد والقيود ليقدم إلى النطع والجلاد وإن كان قد عفى عنه فى اللحظة الأخيرة وكاد الامام احمد أن تزهق روحه من أجل فهم اقتنع به .

وقد وسعت الحرية فى الإسلام اليهود والنصارى وغيرهم . والإيمان لايتم ولايسمى ايمانا الا اذا صدر عن عقيدة صافية وقناعة راضية ولذا يقول تعالى « ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين » (يونس / ٩٩) . وفى الهدى العظيم « إن الذين آمنوا والذين هادوا والنصارى والصابئون من آمن بالله و اليوم الآخر وعمل صالحا فلهم أجرهم عند ربهم ولاخوف عليهم ولاهم يحزنون » (المائدة / ٦٩) . « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذى أنزل الينا وأنزل اليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون » (العنكبوت / ٤٦) .

كذلك يحمى الإسلام حرية الرأى مادام أنها لاتتعرض لحقوق الغير . وحرية الاجتهاد صورة زاهرة من صور حرية الرأى . ويأمر القرآن الكريم بالتفكر فى الكون الذى خلق لارتفاق الإنسان « وسخر لكم مافى السماوات ومافى الأرض جميعا منه إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » (الجاثية / ١٣) .

وموقف على من الخوارج وحريتهم فى المعارضة السلمية نموذج رائع لحرية الفكر والاعتقاد « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » (الكهف / ٢٩) .

« لى عملى ولكم عملكم أنتم بريئون مما أعمل وأنا برىء مما تعملون » (يونس / ٤٢) . كن مسيحيا أو يهوديا ولاكن لاتكن خصما للإسلام وأحذر أن يتجاوز انكارك للإسلام فؤادك إلى الحياة الخارجية نزاعا مسلحا « وقل للذين أوتوا الكتاب والاميين أأسلمتم فإن اسلموا فقد اهتدوا وإن تولوا فإنما عليك البلاغ والله بصير بالعباد » (آل عمران / ٢٠) . بيد أن الإسلام لايقر بداهة حرية الارتداد عن الإسلام لانه شذوذ منكر إذ لامكان لتلك الحرية فى مجتمع الإسلام وقد دخل الإسلام خداعا وخرج منه ضرارا .

٦ ـــ حرية التجمع :

إن حرية الاجتماع هى النتيجة المنطقية لحرية التعبير وإذا كان الإسلام قد حث على الدعوة إلى الخير والامر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولما كان الناس لابد أن تختلف تصوراتهم التفصيلية لمفاهيم « الخير » و « المعروف » و « المنكر » ، فإن المتحدين فى النظرة يمكن أن تتشكل بينهم جماعة أو رابطة مصلحية . إن حق الجماعات فى أن تختلف فيما بينها فى وجهات النظر أو تتدافع حول المصالح ، وأن تنال حرية الاجتماع فى المجتمع الإسلامى كان مشكلة طرح أمرها على على بن أبى طالب عند ظهور الخوارج فاعترف لهم بحرية الاجتماع وحدد موقفه منهم فقال : إن لكم علينا ثلاثة :

(١) لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله .

(٢) ولن نمنعكم الفىء مادامت ايديكم مع ايدينا .

(٣) ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا .

وقد كتب والى عمر بن عبد العزيز فى الموصل يستأذنه فى اسكان فئة مناوئة عرفت بأسم « حرورية الموصل » فأجاب قائلا « إذا أرادوا أن يسيحوا فى البلاد

فى غير أذى لاهل الذمة وفى غير أذى للامة فليذهبوا حيث شاءوا . وإن نالوا أحدا من المسلمين أو من أهل الذمة فحاكمهم إلى الله » .

وقد بلغ من حرص الإسلام على تجمع اتباعه أنه حين شرع الهجرة جعل الانتقال إلى مركز التجمع الجديد وتدعيمه شرطا لتحقيق التضامن الإسلامى « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا » (الانفال / ٧٢) .

وحركة التجمع الإسلامى تعززه الصلاة الجامعة بالمسجد الذى هو مقر اجتماع المسلمين على اى أمر جامع . وقد عرف اعداء الإسلام اهمية المسجد بالنسبة لجماعة المسلمين فحرصوا على تفرقة الصفوف باقامة مسجد الضرار الذى حرمه الرسول « والذين اتخذوا مسجدا ضرارا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين وارصادا لمن حارب الله ورسوله من قبل » (التوبة / ١٠٧) .

وقد تميز فى تاريخ الإسلام الأول « المهاجرون » و « الانصار » وقد ذكرهم القرآن متميزين بعضهم عن البعض الآخر وإن جمعتهم أخوة الإيمان . والسابقون الأولون من المهاجرين والانصار والذين اتبعوهم باحسان » (التوبة / ٩٩) .

بيد أن الإسلام لايقر أن يكون التجمع ذريعة لتفرق المسلمين ومتابعة لاعداء الإسلام « يايها الذين آمنوا إن تطيعوا فريقا من الذين أوتوا الكتاب يردوكم بعد ايمانكم كافرين » (آل عمران / ١٠٠) ، ولذا حذر عمر من مغبة ذلك « بلغنى أنكم تتخذون مجالس لايجلس اثنان معا حتى يقال : من صحابة فلان من جلساء فلان ، حتى تحوميت المجالس ، وايم الله إن هذا لسريع فى دينكم سريع فى شرفكم سريع فى ذات بينكم ولكأنى بمن يأتى بعدكم يقول : هذا رأى فلان قد قسموا الإسلام اقساما . أفيضوا بمجالسكم بينكم وتجالسوا معا فإنه أدوم لنفعكم وأهيب لكم فى الناس » (تاريخ الطبرى ، المطبعة الحسينية ، القاهرة ، ج ٤ ، ص ٢٥ ، باب عمر وأقواله بعد خبر مقتله) .

والقارىء لبعض المراجع مثل خطط المقريزى فى شأن الجماعات الحرفية يجد أن تاريخ الإسلام عرف تجمعات مهنية لاصحاب الحرف اعترفت بها الدولة وتعاملت معها .

٣ ـــ حقوق الاقليات (نظرية الذمة) :

تحديد وتعريف :

تعنى الذمة هنا العهد الذى يرتب شروط اقامة غير المسلمين فى البلاد التى فتحها المسلمون وينظم مايتمعتون به من حقوق عامة أو خاصة ، ولذا يسمى من يفيدون من هذا العهد بالذميين أو اهل الذمة . ويطلق البعض على هؤلاء مسمى « أهل العهد أو المعاهدون » ولكن هذا المسمى يعيبه أنه: ذو معان متعددة يمكن أن تعمى مفهومه المقصود .

وقد جرت العادة أيام الحكم الإسلامى فى اسبانيا على أن يطلق على المسيحى لفظة « المعاهدة » ، أما « الذمى » فكان يشير إلى اليهود (Levi-Provencal. E. - Histoire de L'Espagne Musulmane, Tres Le Caire, 1944, T. I., P 56) كذلك كان يطلق على المسيحى مسميات أخرى مثل أعجم وأعجمى الذمة والنصرانى ولكن اكثر المسميات سريانا كانت « المستعرب » .

والذمة ـــ بذاتها تعنى كما قدمت ـــ العهد والامان والضمان والحماية وأقرب مقابل لها فى اللاتينية هى لفظة Fides وبالفرنسية Foi . والذمة التى نقصد اليها هنا ـــ أخذا من الفقه التقليدى ـــ هى نظام أثمره الجهاد أى الحرب المقدسة حسب النظرية الإسلامية الكلاسية التى تقسم العالم إلى دارين احداهما للسلام والاخرى للحرب . وفى هذه النظرية تعتبر دار الحرب وماعليها حقا مباحا للمسلمين ، فإذا دخلت دار الحرب أو جزء منها فى سلطان المسلمين اختلف مصير القوم حسب الطريقة التى استحوز بها المسلمون عليها أكانت عنوة أم تسليما أم تركا . ومن ثم فقد واجهت تلك الفتوحات المسلمين بمشكلة كيفية معاملة من على الإقليم المفتوح من غير المسلمين ، فكان نظام الذمة حلا لبعض تلك المشكلات .

وهكذا نحو ب نظام الذمة يمثل مشكلة اقليمية وطنية اكثر منه مشكلة دينية .

ويندرج تحت الذميين — كما أسلفت — اليهود والنصارى والمجوس والصابئة . والذميون ليسوا كفارا حيث سمح لهم أن يبقوا على دينهم . والقول عندى أن أهل الكتاب من غير اليهود والنصارى هم أدخل فى الشرك منهم فى أهل الكتاب ولكن القرآن والحديث ارتفعا بهؤلاء إلى مايعادل أهل الكتاب ، أو اهل الكتب السماوية المعروفة لنا . فنجد القرآن الكريم مثلا يذكر والصابئين مع اليهود والنصارى، كما فى قوله تعالى « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى من آمن بالله واليوم الآخر » (المائدة / ٦٩) كذلك يورد الوحى السماوى اسم المجوس مع اهل الكتاب وغيرهم من المشركين — كما فى الآية الكريمة « إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين اشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة » (الحج / ١٧) .

والذى يبدو أن الحديث الشريف يمنع على المسلمين أن ينكحوا نساء المجوس أو أن يأكلوا ذبيحتهم الأمر الذى يعنى أن من ألحق بالنصارى واليهود تحت مدلول « أهل الكتاب » أو « الذميين » لايتماثلون تماما — فى المعاملة — مع اليهود والنصارى (انظر Tor Andrae-Mohamet, sa via et sa doctrine, Paris, 1945, P. 98).

. ومن الطريف أن احد المؤتمرين فى المؤتمر الرابع لأكاديمية البحث الإسلامى الذى عقد فى سبتمبر سنة ١٩٦٨ بالقاهرة وصف الاسرائيليين فى فلسطين المحتلة بأنهم ذميون خانوا عهد الذمة فأعفونا بذلك من أن نحفظ عهدنا لهم . وهو يشير بذلك إلى حق ازالة الوجود الصهيونى وليس إلى نقض اليهود لالتزاماتهم وإلى أن تحرير فلسطين جهاد فى سبيل الله وهذا مانادى به رؤساء ثمان وثلاثين دولة — لم تكن مصر من بينها — فى مؤتمر القمة الثالث الذى عقد عن فلسطين والقدس (يناير سنة ١٩٨١) حيث أعلنوا الجهاد ضد اسرائيل . فضلا على أن المادة الأولى من دستور منظمة التحرير الفلسطينية تؤكد على

الصفة العربية لفلسطين وأنها جزء لايتجزأ من الوطن العربى الكبير وتحدد شروطا لمواطنة اليهود فى فلسطين ، الامر الذى يثير التساؤل حول الدعوة إلى انشاء دولة علمانية فى فلسطين لاسيما وأن أحد القرارات التى صدرت عن اجتماع المجلس الوطنى الفلسطينى (القاهرة سنة ١٩٧١) يقضى باستعادة فلسطين بالجهاد . وتنعكس تلك الحقائق التى تمثل تغيرا فى قيم المنطقة العربية على مفاهيم بعض المسئولين فنجد مثلا أن احمد بن بلا — رئيس عصبة حقوق المسلمين — يؤكد فى تصريح له سنة ١٩٨٢ بأن هناك تطورا طرأ على العلاقة بين العربية والإسلام . وهو محق فى ذلك لأننا نشهد اليوم انبعاث فكرة الأمة الإسلامية ولكن فى صورة قومية عربية ونلحظ تحول الذمة الإسلامية إلى ذمة عربية . ولذا فإن نظرة الكثيرين إلى اسرائيل الآن هى على أنها دولة ذمة تمثل توسعا سياسيا يناقض كما اسلفت ، التزامات الذمة .

والذمة كما اسلفت — هى عهد اى عقد بين المسلمين وغير المسلمين تحكمه قواعد عقد القانون الخاص ، ويرتبه ابن تيمه بعد عقد البيع والزواج والهبة (النووى—منهاج الطالبين ، ١٩٨٨٢ ، ص ٢٧٥) . ولكنه عقد له ذاتية ولذا لايحرم من الذمة الا الفرد الذى ينتهك العقد . ثم إن العقد يقيم التزامات على الدولة الإسلامية والفرد المسلم ولذا يقارب بعض الباحثين بينه وبين العقد الذى كان يعرف عند الرومان باسم deditio الذى كان يبرم بين روما وبين المدينة المهزومة ويجعل من رعاياها مايسمى cleent وهو وضع قريب من وضع الذمى . وتلك مقارنة ظالمة وإن كان يعذرها أنها تستند إلى التصور المجحف الذى قال به بعض الفقهاء عن الذمة وهو تصور اناقشه فيما بعد . بيد أن هذا الاساس الوفاق نسى مع الزمن وقت أن قويت شوكة الدولة الإسلامية وأناخ لها الدهر بكلكله فأصبحت نظاما يفرضه الامام الإسلامى بارادته ولم تعد عهداً يبرم بشروطه . ولما كانت العهود هى الصورة الأولى لتنظيم اوضاع الذمى وعنها نقل الفقهاء أو بها اهتدوا فيما انتهوا اليه من آراء فقد اختلفت نظرتهم وتباينت فكرتهم كما اختلفت تلك العهود فى احكامها وتميزت كثير منها فى نظامها .

سنة الرسول تتصدر :

يستقى الأساس الأول لنظام الذمة من العهود التى اعطاها الرسول ﷺ إلى يهود [illegible] الجزيرة وقد كان أهم تلك العهود بالنسبة لليهود هو عهد خيبر وفدك وما حواليها ، وأبرزها بالنسبة للمسيحيين هو عهد لنصارى نجران . ويزعم البعض أن الرسول قد خلف بيانا يخاطب فيه كل الناس وأن الرسول [illegible] كتب هذا البيان لاهل نجران بقيادة السيد الغسانى المسيحى ، وقد حرر السجل إلى السيد بن حارث بن كعب وكل من يدينون بالمسيحية فى الشرق والغرب القريبين والبعيدين عربا وغير عرب معروفين ومجهولين يعلن فيه حماية المسيحيين بعدتهم وعتادهم وحماية اشخاصهم ودور عبادتهم ويلتزم بأن يدفع عنهم كل مكروه ولايحملهم عبئا أو التزاما وأن يضع المجاهدين من غزوهم أو اجبارهم على دفع مالايقبلون من ضرائب أو على اعتناق الإسلام جبرا والا يتدخل فى شئونهم الدينية وأن يمد المسلمون يد العون والمساعدة لمن يرتكب من المسيحيين جريمة أو مخالفة وأن يحمل الضحية على تسوية الأمر معه بالعفو أو الدية كما يكون على المسلمين أن يعينوا المسيحيين فى ترميم دور عبادتهم أو اعادة بنائها . على ألا يحاربوا المسلمين ولايظاهروا عدوا وأن يستضيفوا المسلم ثلاث ليال وثلاثة أيام ويقدموا له الطعام خلال الضيافة مما يطعمون دون مقابل (Bar Hebraeus- Chron Ecel. Canonigue Nestorienne de Seert, x III, pp. 600 sq.)

ويوجد عدة نسخ من هذا العقد احداها فى دير سانت كاترين (سيناء) وتنسب كتابتها إلى على بن أبى طالب فى يوم من السنة الثانية للهجرة وعليها توقيع اثنين وعشرين شاهدا من الصحابة (Bulletin de L'Institut Egyptien des Mardis de Dar al Salam, le Caire, 1952, p. 219)

ولكن البعض يزعم أن الأصل كتبه معاوية بن ابى سفيان باملاء الرسول كى يعطى عهدا للمسيحيين اليعوقبيين (سيحو ــ عهود بنى الإسلام والخلفاء الراشدين للنصارى فى المشرق ــ بيروت ، ١٩٠٨ ، ص ٦١٦) .

وهناك نسخة أخرى فى المكتبة القبطية بالقاهرة ولعلها الوثيقة الوحيدة فى التاريخ الإسلامى الأول التى تحمل تاريخين أحدهما هجرى (٣ محرم سنة ٢ هجرى) والثانى ميلادى (أول اغسطس سنة ٦٢٢ ميلادى) . وهناك أيضا أصل آخر لدى بطريك الارمن الكاثوليك بالقسطنطينية وقد نشرته مجلة المعارف فى بيروت تحت عنوان « ليس للمسيحيين مايخشونه » فاثار ضجة كبرى فى الرأى العام .

ويؤكد كثير من المستشرقين أن هذا العهد صحيح وأن نسبته للرسول سليمة ولذا عكفوا على دراسته وتحليله (انظر Sacy, S. De-memoire sur le droit de proprieté territoriale en Egypte, Bibliothéque des Arabisants Francais, I ere Seire, T. II, I. F. A. 'C., Le Caire, 1923.

ويذهب Ricant فى كتابه Histoire de l'etat present de l'Empire Ottoman إلى أن هذا البيان قد وضع فى وقت كانت الدولة الإسلامية لازالت ضعيفة وفى مرحلة النمو واشتداد الساق ولذا فقد قصد بهذا البيان دفع عدوان المسيحيين وتوقى بغضائهم .

والواقع أن هذا البيان اختلاق ولم يصدر عن الرسول ﷺ : وهذا قول أؤيده بالبراهين التالية :

١ ــ لم يعرف المسلمون التاريخ الهجرى إلا فى عهد عمر وتبعا فإن ايراد تاريخ هجرى على الوثيقة لابد أن يقدح فى سلامتها ثم إن الوثيقة حملت التاريخ الميلادى الأمر الذى يثير الشك قويا فى مدى صدق وثيقة ــ تحمل تاريخين لايتطابقان إذ أن التاريخ الهجرى المدون عليها ــ وهو ٣ محرم سنة ٢ هـ يقابله فى الحقيقة ٧ يوليو سنة ٦٢٣ .

٢ ــ لغة البيان لغة ركيكة وضعيفة على عكس لغة العصر المنسوب إليه عامة ولغة الرسول الذى أوتى جوامع الكلم خاصة .

٣ ــ نسب إلى معاوية أنه حرر بعض الأصول فى سنة ٢ هـ فى حين أن معاوية لم يدخل الإسلام إلا فى السنة الثامنة للهجرة ، أما فى السنة

الثانية للهجرة فكان لازال يقف وسط المحاربين للإسلام . كما أن ممن نسب إليهم التوقيع على البيان شاهدا كان قد قضى نحبه فى التاريخ المذكور على الورقة .

٤ ــ لو أن هناك بيانا كهذا لكان أحق الناس بتطبيقه هم الخلفاءالراشدون وأولهم ابو بكر .

ومن ثم فانى استبعد هذه الوثيقة من بين الوثائق السليمة التى اعتمدها فى اقتباس سنة الرسول حيال أهل الذمة . واغلب الظن أن الذى اختلق تلك الوثيقة قسيس نسطورى ولكن استبعادى لها لايعنى معارضتى لكل ماجاء فيها وإنما استبعدتها حتى لايكون هناك مجال ــ من حيث المبدأ ــ لان نقيم احكاما تستمد من وثائق قد دست على الإسلام . ومن ثم فإن سنة الرسول فى خصوص أهل الذمة إنما تستمد من العهود التى اعطاها فى مناسبات مختلفة لاناس بعينهم . وأول عهد أعطاه الرسول لأهل الكتاب خارج المدينة كان عهده ليهود خيبر سنة ٦٢٨ (أى العام الهجرى السابع) وخيبر واحة تقع على مبعدة ١٤٠ ك . م شمال غرب المدينة . واعطى العهد بعد أن سلمت خيبر إثر حصار دام شهرا ونصف الشهر فقد أبقى الرسول على حياتهم وأموالهم ولكنه فرض عليهم أن يدفعوا له نصف محصول مايزرعون . ويقول ابن سعد إن هذا يرجع إلى أن المسلمين لم يكونوا قد دربوا بعد على فلاحة الأرض وزراعتها . وقد طبقت الاحكام ذاتها فى العهود التى كانت بين الرسول وبين مناطق تجاور خيبر وهى فدك ووادى القرى إلا أن وادى القرى تولى عليه وال مسلم . « عامل محمد يهود خيبر بغير ماعامل بنى قينقاع وبنى النضير حين أجلاهم عن أرضهم لانه أمن بسقوط خيبر بأس اليهود وأمن بانهم لن تقوم لهم بعد ذلك قائمة ابدا . ثم إن ماكان بخيبر من الحدائق والمزارع والنخيل كان يحتاج إلى الايدى العاملة الكثيرة لاستغلاله وحسن القيام على زراعته ولئن كان انصار المدينة أهل زراعة فإن أرضهم كانت بحاجة إلى أذرعهم ، كما أن النبى كان بحاجة إلى جيوشه للحرب فهو لايرضى أن يتركها للزرع .... وقد كان من

احسان النبى معاملة يهود خيبر أنه كان من بين ماغنم المسلمون حين غزوها عدة صحائف من التوراة فطلب اليهود ردها فأمر النبى بتسليمها لهم ... ولما احب يهود خيبر الصلح أثناء محاصرة المسلمين اياهم فى حصن الوليح والسلالم بعث النبى الى أهل فدك كى يسلموا برسالته أو يسلموا أموالهم . ودفع فى نفوس أهل فدك الرعب بعد الذى علموا من أمر خيبر فتصالحوا على نصف أموالهم من غير قتال . فكانت خيبر للمسلمين لانهم قاتلوا لاستخلاصها وكانت فدك خالصة لمحمد لان المسلمين لم يجلبوا على نجيل ولا ركاب .

وتجهز الرسول بعد ذلك كله للعودة إلى المدينة عن طريق وادى القرى فتجهز يهودها لقتال المسلمين وقاتلوا لكنهم اضطروا للاذعان والصلح كما صنعت خيبر . أما يهود تيماء فقبلوا الجزية من غير حرب ولاقتال » (محمد حسين هيكل ــ حياة محمد ، القاهرة ، ١٩٣٥ ، ص ٣٥٦ ــ ٣٦٠) .

وفى يهود خيبر نزل قوله عز وجل « قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولايدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . ويثور جدل فقهى كبير حول معنى الآية، والمقصود من عبارة « عن يد وهم صاغرون » . فمن الفقهاء نفر كبير يقول إن الآية تستهدف اذلال اليهود ــ أو اهل الكتاب ــ بوضعهم فى موضع الصغار . وقد اختلف هذا الفريق فى كيفية امتهان كرامة أهل الكتاب . فنجد أن الشافعى يرى أن مجرد دفع الجزية فيه اذلال كاف لاهل الكتاب أما الزمخشرى فيشترط فى دفع الجزية أن يحملها الذمى بنفسه ويقدمها زاحفا وعندئذ يأخذه الجابى من رقبته ويقول له ادفع الجزية ايها الذمى ويضرب على عنقه . والحق أن المرء لايملك أن يمسك نفسه من العجب عندما يقرأ آراء كهذه لاسماء لها مكانتها فى الفكر الإسلامى . لان من يقول بمثل هذه الفعال الهمجية أو يتغنى بمثل تلك التصرفات اللا انسانية لابد أن يكون جاهلا بأبسط مبادىء أصول الدعوة الإسلامية وأوليات المبادىء الحنيفية السمحاء فاستبدت به غلظة الكبد وفظاظة القلب وقد نهى

عنها القرآن الكريم « ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك » ونسى أو تناسى الحكمة والموعظة الحسنة وهى سبيل الدعوة وجهل بأن الناس جميعا لآدم وآدم من تراب ولم يصل إلى علمه ماقاله الرسول عن كيفية معاملة أهل الكتاب . وإذا كان الرسول قد انكر على المسلمين أن يعرضوا يهود بنى قريظة ـــ بعد أن حكم عليهم بالقتل ـــ لحرارة الشمس فأمر بأن يحسن المسلمون القتلة فكيف به يقبل من اتباع دينه أن يفعلوا بأهل الكتاب ـــ وقد ارتبطوا معهم بعهد وموادعة ـــ مثل هذه الافعال الشنعاء .

إن الآية الكريمة التى اثارت الحماس المتعصب تتكلم عمن حاد عن جادة الصواب فكفر بالله واليوم الآخر ولم يحرم ماحرم الله ورسوله وتنكب دين الحق ولكنها لم تفرض على أهل الكتاب اعتناق الإسلام . وتبعا فالامر بالقتال لايشمل كل من اوتى الكتاب . وإنما الفريق منهم الذى تصدق عليه حيثيات الحكم التى جاءت فى صدر الآية وهذا قول يزكيه مفهوم الآية الكريمة « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » (المائدة / ٤٧) ، ومن قبلها يقول الكتاب الكريم « إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين اسلموا للذين هادوا والربانيون والاحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء » (المائدة / ٤٤) . ويستفاد من هاتين الآيتين وآيات أخرى أن الطريق القويم الذى يتكلم عنه القرآن بالنسبة لأهل الكتاب مابقوا على كتابهم هو ماجاء فى الانجيل والتوراة .

وقد قلت فى أكثر من مناسبة إن ماأنزل فى كتب أهل الكتاب من توحيد الله وعدم الشرك به هو الاساس المشترك لعلاقة السلام بين الفريقين : المسلمين والكتابيين . وإذن فالآية تأمر بقتال يفرض على أهل الكتاب أن يسلكوا الطريق المستقيم بمفهومه الذى اسلفت . ومن ثم فالآية لاتتجه إلى إذلال أهل الكتاب وإنما إلى ضبط سلوكهم ودليل ذلك أن دفع الجزية ربط بالقدرة بقوله عز وجل « عن يد » ولذا فإن صغارهم هنا يعنى تسليمهم الكلى والقضاء على معارضتهم حتى لايعطوا الفرصة لتكرار مافعلوا من سلوك مشين .

انتقل بعد ذلك إلى عهد آخر اعطاه الرسول وهو عهده للبحرين التى اسلم اميرها المنذر بن ساوا وتحت حكمه يهود ومجوس . ويقضى العهد النبوى بأن يدفع هؤلاء الكتابيون جزية قدرها دينار للنفر الواحد بسعر صافر (وهى قبيلة فى اليمن) على ألا يأكل المسلمون ذبيحة المجوس ولاينكحون نساءهم وكانت جزية أهل البحرين أول ضريبة تدخل بيت مال المسلمين وقد بلغت فى السنة العاشرة من الهجرة ثمانين ألف درهم .

أما فى تبوك فقد آثر الروم الانسحاب فلم ير الرسول محلا لتتبعهم داخل بلادهم وأقام فترة عند الحدود وكان يوحنا بن رؤبة صاحب أيلة أحد الامراء المقيمين على الحدود فتقدم بالطاعة وصالح محمدا وأعطاه الجزية. وهذا نص ماكتبه الرسول ليوحنا . « بسم الله الرحمن الرحيم . هذه أمنة من الله ومحمد النبى رسول الله ليوحنة بن رؤبة وأهل أيلة سفنهم وسيارتهم فى البر والبحر لهم ذمة الله ومحمد النبى ومن كان معهم من أهل الشام وأهل اليمن وأهل البحر . فمن أحدث منهم حدثا فانه لايحول ماله دون نفسه وأنه طيب لمحمد أخذه من الناس ، وأنه لايحل أن يمنعوا ماء يردونه ولا طريقا يريدونه من بر أو بحر » وقد فرضت جزية على أهل تبوك بمبلغ جزافى قدره ٢٠٠ دينار (ويقال إنها تعادل دينارا على الذكر الراشد) .

وكان عهد الرسول لنجران آخر ماأعطى من العهود (٦٣١ م / ١٠ هـ) ونجران فى اليمن وهى منطقة تتميز بالثراء وسكانها معظمهم من المسيحين . وقد أقر الرسول أهلها على شروط اشترطها واشترطوا هم وكتب لهم عهداً هذا نصه : بسم الله الرحمن . هذا كتاب محمد النبى لاهل نجران إذ كان له عليهم حكمة ، فى كل ثمرة وصفراء أو بيضاء أو رفيق فافضل عليهم وترك ذلك كله على ألفى حلة من حلل الأواق فى كل رجب .. ألف حلة وفى كل صفر ألف حلة ، وكل حلة اوقية فما زادت حلل الخراج أو نقصت عن الاواق فبالحساب . فما قصوا من دروع او خيل أو ركاب أو عرض أخذ منهم فبحساب .

وعليهم عارية ثلاثون درعا وثلاثون فرسا وثلاثون بعيرا إذا كان كيد بالسجن ومعرة . وماهلك مما يعار رسلى من درع أو خيل أو ركاب فهو ضمن على رسلى حتى يؤدوه اليهم .

ولنجران وحاشيتهم جوار الله وذمة محمد على أموالهم وانفسهم وأرضيهم وثلثهم وغائبهم وشاهدهم وعبادتهم وبيعهم (وملتهم) (وكل ماتحت ايديهم من قليل أو كثير) لايغير اسقف من سقيفاة ولا راهب من رهبانيته ولا وافه من وفيهاة (وليس عليهم ربية ولا دم جاهلية) ولا يحشرون ولايعشرون ولايطأ أرضهم جيش . من يسأل منهم حقافبينهم النصف غير ظالمين ولا مظلومين (بنجران) ومن أكل ربا من ذى قبل فذمتى منه بريئة ولايؤخذ رجل بظلم آخر . وعلى مافى هذا الكتاب جوار الله وذمة محمد أبداً حتى يأتى الله بأمره فانصحوا واصلحوا ماعليهم غير منقلبين بظلم » (نقلا عن الخراج لابى يوسف ، ١٩٨١ ، ص ١٥٧ ــ ١٦٠) وقد جاءوا الخلفاء الراشدين واحدا بعد الآخر فكان كل منهم يكتب لهم عهدا .

وقد اهتم الباحث الاب لامنس بتلك الوثيقة وأولاها دراسة متعمقة خرج منها بأنها ليست عن خضوع فرضه الرسول ولكنه وفاق ابرم بين ندين وتم بالارادة الحرة لكليهما على قدم المساواة . وهو يلزم أهل نجران بأن يقدموا كل ستة أشهر ألفي قطعه من القماش مما تخرجه مصانعهم (وقد قدر ثمن القطعة درعاً للنزاع) . كذلك تحدد مايجب أن يقدموه للمسلمين من سلاح وخيل ، وذلك بوصفهم حلفاء . ويضيف لامنس أن أهل نجران لم يكونوا من دافعى الذمة وإنما عليهم إذا طلب منهم أن يقوموا بتجهيز قوات المسلمين التى تعمل فى اليمن ولكنهم يفعلون ذلك فرضا على المسلمين الوفاء به . ويقول ماسينيون إن عهد نجران قد سبق أو كان باعثة اقتراح بمباهلة.(انظر Fattal, Antoine- le Statut Légal des non Musulmans en pays Islam, Beyrouth, 1959, pp. 24-26).

بعد الرسول (الخلافة الراشدة) :

واكبت العهود التى اعطيت للذميين بعد وفاة الرسول الفتوح الإسلامية

ولذلك فهناك عهود أعطيت فى الجزيرة العربية لنصارى نجران وتغلب وعهود أعطيت فى العراق وأخرى فى سوريا وثالثة فى بلاد فارس وأرمينية وأفريقيا وكذا اسبانيا ويضيق المقام عن تتبع هذه العهود لاسيما وأن تسلسلها التاريخى محل خلاف وجدل ونصوصها ليست محل اتفاق بين الباحثين ولعل مرجع ذلك أن العرب لم يكتبوا تاريخهم إلا فى مرحلة متاخرة من فتوحاتهم وكان البلاذرى وابن الحكم أول من كتب وكان ذلك فى النصف الثالث الهجرى .

كما أن الفقهاء لم يبدأوا جهودهم فى تقنين نظام للذميين إلا فى ذلك القرن الثالث .

ولذا فإنى ألخص هذا العصر بالاشارة إلى ثلاثة عهود :

١ ــ **عهد عمر إلى بنى تغلب** : وقصة تغلب ــ وهى قبيلة نصرانية عرف عنها الكبرياء والاباء ــ تحكى أن عبادة بن النعمان التغلبى قال لعمر بن الخطاب إن بنى تغلب من علمت شوكتهم وبأسهم ازاء العدو فإن ظاهروا عليك العدو واشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تعطيهم شيئا فافعل فصالحهم عمر على ألا يعمدوا أحدا من اولادهم فى النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى أن يسقط الجزية عن رؤوسهم.

٢ ــ **الصلح الذى تم مع الجراجمة** (٦٣٩ م / ١٨ هـ) وهم قوم عند انطاكية . وكانوا قد اتفقوا مع ابى عبيدة على أن يكونوا له مرشدين وجواسيس وأن يسهروا على حراسة الموانى . وعلى الرغم من أن الجراجمة لم يكونوا أوفياء تماما لعهدهم إلا أنهم كانوا محاربين أشاوس ولذا اعفوا من الجزية وكانوا يقتسمون الغنيمة مع المسلمين إذا حاربوا معهم . وظل هذا حالهم إلى خلافة المتوكل .

٣ ــ **عهد عمر أو الشروط العمرية** إن هذا العهد ــ أو الشروط ــ الذى ينسب إلى عمر بن الخطاب والذى تضمنته بعض المراجع القديمة ــ مثل الطرطونى وابن عساكر والسيوطى ــ يتلخص فيما يلى :

أ ــ منح الامان للذمى فى بلاد العرب .   ب ــ عدم بناء كنائس أو أديرة أو دور عبادة جديدة وعدم اصلاح مايتهدم منها .   ج ــ تقديم الضيافة لكل من يمر بهم من المسلمين مما قد يضرهم .   د ــ عدم منح ملجأ لجاسوس وعدم اخفاء شيء عن المسلمين مما قد يضرهم .   هـ ــ لايعلمون القرآن لابنائهم ولايجهرون بعباداتهم ولايمنعون أقرباءهم من اعتناق الإسلام .   و ــ توقير المسلمين والقيام احتراما لهم عندما يجلسون ولايلبسون مما يجعلهم يظهرون بمظهرهم سواء بارتداء القلنسوة أم العمامة أم الاحذية أم طريقة تصفيف الشعر ولايكتبون بكنيتهم ولاينقشون اختامهم بالحروف العربية ويربطون على وسطهم زنارا .   ز ــ لايبيعون خمورا ولايظهرون صليبهم ولاكتبهم فى طرقات يطرقها المسلمون ولا فى اسواقهم ولايقرعون ناقوس كنائسهم ولايرفعوا اصواتهم فى حضرة المسلمين ولايسيرون بمواكبهم يوم الاحد أو فى الاعياد ولايصيحون على اموالهم ولايدفنون الموتى على مقربة من المسلمين ولايكون لهم مطل على صوت المسلمين ولايستخدمون الصيد شركة مع المسلمين .

ويقال إن هذه الشروط قد تضمنتها رسالة من عبد الرحمن بن جن إلى عمر بن الخطاب وأن عمر بن الخطاب قد صدقها بعد أن أضاف اليها شرطين :
أ ــ لايجوز لهم شراء اسرى المسلمين .
ب ــ من يعتدى على مسلم عمدا يفقد ضمان العهد .

لقد اشار إلى هذا العهد كثير وإن اختلفت صيغته بينهم فمثلا نجد أن النص الذى ورد فى ابن عساكر يتضمن حكما يقول فيه إن الذمين سيدفعون الجزية عن يد وهم صاغرون . ويضيف ابن عساكر أن هذا العهد ليس إلا العهد الذى أعطاه ابو عبيدة لاهل دمشق وسوريا ... والطريف أن ابن عساكر ينسب إلى خالد بن الوليد عهداً آخر اعطاه للشام وهو يختلف فى كثير من نصوصه عن الشروط العمرية .

وأغلب الظن أن هذا العهد ليس له ظل من الحقيقة للاعتبارات التالية :

أ ـــ اختلاف نصوص ذلك العهد فى روايات الكتاب الذين أشاروا اليه وأوردوه .

ب ـــ أن الشروط العمرية ـــ كما صورها المؤرخون المسلمون ـــ هى شروط رفعها المسيحيون فى الشام إلى عمر وقد صدقها عمر ـــ كما قلت ـــ بعد أن اضاف إليها الشرطين سالفى الذكر . وأن المرء لايملك إلا أن يتساءل كيف أن قوما غلبوا على امرهم يقترحون شروطا بهذا التفصيل يفرضون فيها على انفسهم أحكاما تذلهم وتقلل من قدرهم .

جـ ـــ لاتحمل الشروط اسم مدينة الأمر الذى يثير الدهشة بالنسبة لوثيقة دبلوماسية بهذه الاهمية .

د ـــ تأرجح الكتاب فى نسبة هذه الشروط فهم احيانا ينسبوها إلى عمر بن الخطاب وأحيانا ينسبوها إلى ابى عبيدة وأحيانا اخرى إلى خالد بن الوليد .

هـ ـــ لم ترد فيما ذكره مؤرخو المغازى اشارة إلى تلك الوثيقة مع أنهم كانوا حريصين على ايراد الوثائق بدقة .

و ـــ أن التفصيل الذى جاءت به الشروط لايتسق مع العقلية البسيطة والصياغة غير المعقدة التى كان لازال العرب يسيرون عليها فى عهد عمر . ويصعب على المرء أن يتصور أن عمر بن الخطاب بما عرف عنه من عدل وانصاف يفرض مثل هذه الشروط المجحفة على الذميين .

إن الأقرب إلى المنطق هو أن هذا العهد وضع فى تاريخ لاحق ثم نسب إلى عمر بن الخطاب . وهذا ايضا هو مايعتقده كثير من المستشرقين . وربما كان العهد قد صنع فى عهد عمر بن عبد العزيز الذى عرف بتشدده فى معاملة الذميين ثم نسب خطأً إلى عمر بن الخطاب (انظر انطوان فتال ـــ المرجع السابق ، من ص ٦٧ ـــ ٦٨) .

ولكن الشروط العمرية تغنى فى مناقشة ماقال به الفقهاء فى احكام الذميين

لانها تعبر عن كثير من وجهة النظر الفقهية التقليدية فى هذا الخصوص ، ولذا فانى اكتفى بها فى هذا المقام وأحيل إلى العهد النموذجى الذى اقترحه الشافعى .

انهاء عقد الذمة :

فإذا تابعنا الفكر الإسلامي التقليدى نجد أن الذمة تنتهى فى أحوال اختلف حولها الفقهاء وإن اجتمعت كلها عند فكرة الإخلال بالعقد .

بد هى أن الذمة تنتهى عندما يخل الذمى بأحكامها ويقول الفقهاء إن تقرير ماإذا كان الذمى قد أخل بأحكام الذمة هى سلطة تقديرية للدولة الإسلامية .

ويرى ابن حنبل والمالكى بن القاسم أن عقد الذمة ينتهى بحكم القانون فى الحالات التالية :

أ ـــ إذا حمل الذمى السلاح ضد المسلمين أو انضم إلى دار الحرب . ب ـــ إذا رفض الخضوع لاحكام الشريعة الإسلامية والقضاء الاسلامى . جـ ـــ إذا امتنع عن دفع الجزية . د ـــ إذا منح ملجأ لجاسوس أو مشرك أو ساعد أعداء المسلمين أو زودهم بمعلومات . هـ ـــ إذا قتل عمدا مسلما أو مسلمة . و ـــ إذا لم يوقر الله ورسوله وكتابه ودين الإسلام . ز ـــ إذا ارتكب الفحشاء مع مسلمة أو تزوجها . ح ـــ إذا ارتكب جريمة قطع الطريق .

أما ابو حنيفة فيرى أن عهد الذمة لايسقط إلا عند رفع السلاح . ويضيف الشافعى ايضا حالتى النكول عن الخضوع لاحكام الشريعة وقضائها أو دفع الجزية ، أما باقى ماأوردته أعلاه فلا ينهى عقد الذمة الا إذا ذكر ذلك صراحة فى عهد الذمة .

وعند مالك لايحل عهد الذمة الا فى حالة واحدة هى أن يرتكب الفحشاء مع مسلمة أو يتزوجها . ويرى مالك أن هناك شروط اضافية ينصح الامام بأن يفرضها على الذمى تلك هى :

أ ــ أن يميز نفسه فى مظهره الخارجى . ب ــ ألا يرفع بناءه فوق بناء المسلمين . ج ــ ألا يقرع الناقوس أو يؤدى الصلاة بصوت عال أى مرتفع . د ــ ألا يبيع النبيذ علنا أو يظهر صليبه أو يعرض الخنزير . هـ ــ أن يدفن موتاه سراً ولايصيح باكيا عليهم . و ــ ألا يركب الخيل .

ويحبذ الماوردى فرض تلك القيود ولكنه لايرى أنها آمرة إلا اذا نص على ذلك صراحة فى عهد الذمة .

وحتى عند النص عليها فى العهد فإن مخالفتها لاتؤدى إلى انهاء العهد وإنما يجبر الذميون بالقوة على احترامها ويعاقبون على مخالفتها .

ويذهب بعض الفقهاء ــ مثل ابن النقاش ــ إلى أن مخالفة أى من الشروط العمرية يؤدى إلى انقضاء الذمة . ويتغالى البعض ــ مثل الطبرى وابن تيمية ــ فيقولون إن الذمى لايتمتع بالذمة إلا اذا كان المسلمون فى حاجة إلى خدماته فإن استغنوا عن تلك الخدمات كان للامام أن ينفيه كما نفى الرسول يهود المدينة وكأن عهد الذمة عقد استغلال ينتهى بانتهاء مايمكن أن يحققه من عائد .

ويقول ابو حنيفة إن الذمى الذى يخالف عقد الذمة يقتل وتسبى امرأته وأولاده . أما الشافعى وابن حنبل فيرون أن الذمى يصبح عندئذ حربيا ويكون الإمام بالخيار بين قتله أو استرقاقه أو طلب فدية له أو أن يمن عليه . أما مذهب الماوردى فهو أن الذمى لايتعرض لتلك العقوبات إلا اذا حمل السلاح ضد المسلمين والا فانه ينفى من الارض الإسلامية ويعطى الامان حتى يصل إلى مأمنه الاقرب فى دار الحرب فإذا لم يغادر الأراضى رغبا فانه يجبر على مغادرتها رهبا .

وإذا أسلم الذمى اعفى نفسه من عقوبة القتل أما عقوبة الاسترقاق فلا يعفى منها الا إذا تم اسلامه قبل صدور الحكم عليه .

اختفاء نظام الذمة :

سقطت بيزنطة التى كان يطلق عليها كنانة الله فى ٣٠ مايو سنة ١٤٥٣ فى يد الاتراك بيد أن الغزاة أعطوا ذمتهم لبطريرك القسطنطينية جريناديوس سكادريوس Grenadios Schdarius واحتمى المسيحيون بتلك الذمة . فلما كان عام ١٧٧٤ ابرمت تركيا معاهدة كيتشوك كاينارجى مع روسيا وفيها أقرت تركيا لروسيا بأن تقوم روسيا بحماية رعايا الامبراطورية العثمانية من المسيحين الارثوذكس .

والحق أن تلك المعاهدة كانت علامة خطيرة فى تاريخ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية داخل تركيا إذ بها بدأ نظام الذمة يمتزج بنظام الاجانب على الرغم من أن الامتيازات لم تقر لأية دولة أوروبية بحق حماية المسيحين . وقد اختفى نظام الذمة كلية من الامبراطورية العثمانية بصدور خطى شريف كلخانة (١٨٣٩) من قبل السلطان عبد الحميد والذى أعلن المساواة بين المسلمين والمسيحين .

وحرى بالذكر أن المركز المتميز للاجانب فى الدولة الإسلامية كان قد بدأ قبل صدور الفرمان المذكور بقرابة خمسة قرون ذلك أن المسيحيين الذين كانوا يقيمون بعد الحروب الصليبية — والذين هم من جنسية غير جنسية دولة الإسلام — كانوا يخضعون لسلطة قناصلهم ويبقون على جنسيتهم ومركزهم الممتاز الذى كان يخول لهم بمقتضى معاهدات — التمتع بمزيا كبيرة (انظر Vanderpol, A.- La doctrine scholastique du droit de gens, Paris, 1925, p. 225 والحق أن عهود الذمة الأولى بين أن تكون قد قصدت إلى قوم بذواتهم وهؤلاء يصعب علينا اليوم أن نتتبع بقاءهم وإما أنها قصدت إلى تطبيق ماجاء بها من احكام على أقاليم بعينها وعندئذ تكون هذه العهود قد سقطت بالترك لانها لم تطبق على تلك الأقاليم منذ قرون وقد حلت محلها نظم أخرى دون اعتبار لتلك العهود . صحيح أننا يمكن أن نهتدى بما جاء فى تلك العهود وهذا

ماأفعله كما أننا لابد أن نناقش ماقال به الفقهاء التقليديون فى هذا الخصوص كيما ننتهى إلى الرأى الذى يحسن تبنيه . وقبل ذلك كله استهدى القرآن الكريم والحديث الشريف .

لقد قسم القرآن الكريم ــ فيماأفهمه ــ « أهل الكتاب » قسمين : قسم جعله من الصالحين وقسم الحق بالمشركين أما الطائفة الصالحة فقد قال فيها كتاب الله آيات أسوق منها مايلى :

ــ « ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده اليك » (آل عمران / ٧٥) .

ــ « ليسوا سواء ، من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون فى الخيرات وأولئك من الصالحين » (آل عمران / ١١٣ ، ١١٤) .

ــ « وإن من أهل الكتاب لمن يؤمن بالله » (آل عمران / ١٩٩) .

وأما الفريق الذين ذمهم الله فى القرآن الكريم فقد نزلت فيهم آيات أورد منها مايلى :

ــ « ود كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد ايمانكم كفارا حسدا من عند انفسهم من بعد ماتبين لهم الحق » (البقرة / ١٠٩) .

ــ « ياأهل الكتاب لم تكفرون بآيات الله » (آل عمران / ٧٠) .

ــ « قل ياأهل الكتاب لم تصدونه عن سبيل الله » (آل عمران / ٩٩) :

ــ « يسألك أهل الكتاب أن تنزل عليهم كتابا من السماء فقد سألوا موسى أكبر من ذلك » (النساء / ١٥٣) .

ــ « قل ياأهل الكتاب هل تنقمون منا إلا أن آمنا بالله » (المائدة / ٥٩) .

والمعيار الذى جرى عليه التقسيم هو اقامة احكام الكتب التى انزلها الله عليهم « وليحكم أهل الانجيل بما أنزل الله فيه » (المائدة / ٤٧) « قل ياأهل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة » (المائدة / ٦٨) .

والقول عندى أن من ذمهم القرآن الكريم ليسوا أهل كتاب فى الحقيقة لانهم كما وصفهم الله تعالى ليسوا على شىء بل هم كفار « إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين فى نار جهنم خالدين فيها اولئك هم شر البرية »(البينة / ٦) .

ومن ثم فانهم يخرجون عن أهل الكتاب الذين اناقش الاحكام بالنسبة لهم ، فمن اقصدهم بأهل الكتاب هنا ليسوا هم أولئك الذين أمر الله بأن يدفعوا الجزية وهم صاغرون . ثم انى ارى حتى بالنسبة لأهل الكتاب هؤلاء بالمفهوم الذى اسلفت أن يجرى التميز فى واقع معاملة أهل الكتاب بين كل من اليهود والنصارى بمعنى أننا عندما نطبق الاحكام التى اوردها فيما يلى يجب أن نحذر فى معاملة اليهود وأن نفضل عليهم النصارى إذا تساوت الظروف والمؤهلات . وقولى هذا يستند إلى الآية الكريمة « لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ولتجدن اقربهم مودة للذين آمنوا الذين قالوا إنا نصارى ذلك بأن منهم قسسين ورهبانا وأنهم لايستكبرون » (المائدة / ٨٢) .

إن نظرة منصفة محايدة إلى مركز أهل الكتاب فى الجماعة الإسلامية تكشف عن أن النظرة المتغالية التى غلبت على الفقه الإسلامى لاتتسق مع أحكام القرآن الكريم والأحاديث الشريفة والممارسات الراشدة وماأحسب هذه المغالاة إلا رغبة فى معاونة الحاكم ومقابلة طموح السلطات . ولذا فانا لانستطيع أن نتعامل مع اجتهاد الفقهاء فى هذا الخصوص على أنه يمثل قواعد الزامية أو أحكاما من النظام العام . ولعل المبدأ العام الذى يمكن أن نستنبطه من استقراء الاحكام والممارسات هو أن تحديد مركز أهل الكتاب فى الجماعة الإسلامية إنما يرتبط بما يحقق الصالح العالم ويجارى الخير المشترك فهم أحيانا لايعتبرون من أهل الذمة ـــ فى المفهوم الذى شرح به الفقه هذا المصطلح شأن أهل الكتاب داخل الدولة الإسلامية المعاصرة الذى لابد أن يراعى فيه مقتضيات الزمان ومايتفق وصالح الامة الإسلامية مادام أنه لايخالف نصا فى القرآن أو حكما فى الحديث .

والحكم العام الذى يطبق — فيما أرى — فى دولة الإسلام على أهل الكتاب هى القاعدة العامة « لهم مالنا وعليهم ماعلينا » فإن أردت أن أترجم ذلك فى لغة القانون فانهم يعاملون على قدم المساواة مع المسلمين . وطبيعى أن تكون مساواة أمام القانون وليست مساواة فى القانون ذلك أن بعض الحقوق والحريات لها مواصفات قد لاتنطبق على أهل الكتاب فرئاسة الدولة الإسلامية مثلا لاتكون إلا لمسلم والعكس صحيح . أما الوزارة فقد قسمها الماوردى قسمين : وزارة تفويض أى أن يستوزر الإمام من يفوض اليه تدبير الأمور برأيه وامضاءها على اجتهاده ويعتبر فى تقليد هذه الوزارة شروط الاقامة عند النسب وإذن فلا يتولاها أهل الكتاب ، ووزارة تنفيذ أى الوزارة التى يقوم صاحبها بتنفيذ اوامر الإمام فهو همزة الوصل بين الإمام والشعب . ولكنى ارى أنه يجوز — فيما عدا بعض الوزارات مثل وزارة الدفاع والخارجية والعدل والتعليم — أن يتقلد اهل الكتاب منصب الوزارة حتى ولو كانت وزارة تفويض . وقولى هذا لاينبى على فكرة الذمة أو التفرقة الدينية وإنما ينبى على اساس مفاهيم الديمقراطية التى تجعل من حق الأغلبية أن يكون لها أفضلية فى التمثيل من حيث أن المسلمين — أو حكم الإسلام — هم غالبية السكان .

إن رأيى هذا لايعارض ماجاء فى العهود لان العهود لم تسر على نمط واحد وإنما كانت تواجه كل حالة بمقتضاها ولذا نجد أن تغلب مثلا تعفى من الجزية وتدفع صدقة مضاعفة وأن الجراجمة لايدفعون جزية بل ويقتسمون الغنيمة وإذن فالذى استخلصه من ذلك أن معاملة أهل الكتاب تعتمد على ظروف الدولة الإسلامية ومايحقق الصالح على نحو افضل . وماقدمت هو فى تقديرى الافضل لبناء المجتمع داخل الدولة الإسلامية المعاصرة . إما ماقال به الفقهاء فهو تفسير متعسف للصغار الذى جاءت به الآية الكريمة وتصور متكبر لما يمكن أن تكون عليه العلاقة مع أهل الكتاب . ولعل قوة الدولة وازدهارها هو الذى حفزهم إلى التمادى ولاأحسب أن الإنسانية التى احترمها الرسول فى اليهودى عندما وقف لجنازته فلما قيل له إنها جنازة يهودى قال قولته الخالدة « أليست نفسا ». إن هذه الإنسانية الرقيقة التى يتساوى فيها الجميع طبقا

لاوليات النظرية الإسلامية تأبى أن نجحف فى معاملة أهل الكتاب على نحو مايقولون وأن نتدنى إلى حد أن نلزم الكتابى بالقيام للمسلم عندما يجلس ولبس مايقلل من شأنه كإنسان ــ إن الدين الإسلامى وهو دين الفطرة ــ أعظم من أن يقيم وزنا لهذا اللمم وأعمق فكراً من أن يلقى بالا لمثل تلك الترهات. إن الله العلى القدير الذى خلق الإنسان فى أحسن تقويم وأسجد له الملائكة اجمعين وجعل روح الإنسان من أمر ربه لايمكن أن يأذن للبشر بانتهاك الإنسانية فى بشر أيا كانت عقيدته ، فلا غرو أن يأمر الرسول بعض صحابته بحرق بعض المشركين ثم ينكل عن ذلك ويقول إن الحرق بالنار لله تعالى ولايجوز للبشر أن يفعلها ثم يقول ﷺ فى موضع آخر إنه يخشى إن هو مثل بالناس أن ينتقم الله منه بمثلها. إن التعارف والعرف الذى تقبله الفطرة حق للناس جميعا « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » ولذا نجد أن اوامر القرآن ونواهيه التى تتعلق بالمرء كانسان إنما توجه للجميع لانها حق للإنسان كانسان بغض النظر عن عقيدته ودينه. ولذا فإنى ارفض ماجاء فى آراء الفقهاء الاوائل من مقترحات تنافى الإنسانية فى معاملة أهل الكتاب لانها فيما اعتقد تنافى اصول الإسلام ومبادىء الحنيفية السمحاء. وتلك صيحة عمر الباقية فى سمع الزمن « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم احرار ».

ــ « يابنى آدم اما يأتينكم رسل منكم يقصون عليكم آياتى فمن اتقى وأصلح فلا خوف عليهم ولاهم يحزنون » (الأعراف / ٣٥).

ــ « إن كل من فى السموات والارض إلا آتى الرحمن عبدا. لقد أحصاهم وعدهم عدا وكلهم آتيه يوم القيامة فردا » (مريم / ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥).

والقول عندى إن الفقهاء قد أغفلوا حقيقة هامة تلك هى أن الرسول كان يعطى ذمة الله وذمته لقوم لايكونون جزءا من شعب دولة المدينة وإنما كانوا يكونون وحدات خارجية ، أما يهود المدينة ــ وهم الصورة الوحيدة على عهد الرسول لاهل الكتاب الذين يكونون شطرا من شعب الدولة الإسلامية فى المدينة ــ فلم يكونوا أهل ذمة ولم يعاملوا على أنهم ذميون بل كانوا ــ طبقا لعهد المدينة ــ أمة مع المؤمنين من المهاجرين والانصار الأمر الذى يسمح لى

بأن اعلن بأن مدرك الذمة كان نظاما ترتب على علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول أو الوحدات الاخرى التى قهرتها فى حروب الجهاد الدينى أما أهل الكتاب الذين هم من مواطنى الدولة الإسلامية فلم يكن مدرك الذمة هو حكمهم.وقد امتد نظام الذمة بعد الرسول وفى عهد الخلافة الراشدة إلى من كانوا رعايا الدولة الإسلامية من شعوب الاقاليم المفتوحة ولم يطبق على مواطنى الدولة الإسلامية الأم . ولعل هذا الذى دعى عمر إلى اجلائهم عن الحجاز حتى لايضم شعب الدولة الأم دينيين فلو أنهم كانوا أهل ذمة لكان فى اجلائهم نقضا للعهد .

هذا فضلا على أن ماأثير من تساؤلات بالنسبة لمصير الذمى الذى نقض عهده إنما ترتب نتائج لاتتناغم مع مدرك السيادة الاقليمية المعاصرة التى أوضحت فى مكان آخر من هذه الدراسة أنها تصور تقبله النظرية الإسلامية .

رأيى الخاص : مواطنون متساوون :

لعل المقام قد تهيأ الآن لنلقى نظرة ذكية صادقة على نظام الذمة فى النظرية الإسلامية . ويطيب لى أن اكرر القول بأن هذا ليس تعبيرا قرآنيا فالذميون فى لغة الكتاب الكريم يسمون بأهل الكتاب لأنهم أهل كتاب سماوى منزل . ولذا فانى اطلق عليهم ماالطلقه القرآن من مسمى فهم عندى أهل كتاب ، وهو تعبير أكثر دقة من تعبير أهل الذمة فى ظل التصور الحديث للدولة ذلك أن كافة مواطنى الدولة هم فى ذمة دولتهم فهم عندها أهل ذمة لافرق فى ذلك بين مسلم وكتابى . وهنا أود أن اوضح أن رأيى يتعلق بمركز الكتابى المواطن وليس بعلاقة الكتابى غير المواطن بدولة اسلامية اخرى . وإن اول مادار بخلدى وأنا بصدد تحديد مركز أهل الكتاب فى دار الإسلام هو المقارنة بين مركز اليهود فى دولة المدينة وبين مركز أهل الكتاب خارج دولة المدينة . ذلك أن دستور المدينة اعتبر يهود المدينة ــ وهم من مواطنى دولة المدينة ــ امة وحدهم كما كان المسلمون امة وحدهم . وكانوا يشاركون فى الدفاع عن المدينة اثناء حرب المسلمين مع المشركين ولم يحصل الرسول ﷺ منهم جزية ولم يفرضها

عليهم . ولم يطلب اليهم التزيى بما يخالف المسلمين وإنما طلب إلى المسلمين تمييز انفسهم ، ومن ثم فان سنة رسول رب العالمين سارت على الاقرار لأهل الكتاب من مواطنى الدولة الإسلامية بكيان ذاتى مستقل يتساوون فيه مع المسلمين من حيث حقوق وواجبات المواطنة . وماحاق بيهود المدينة كان عقابا على الخيانة التى كانوا يرتكبونها بالتزامات المواطنة ، وأما الذمة فكانت تعطى لأهل الكتاب من مواطنى اقاليم غير دولة المدينة كشرط من شروط المهادنة بينهم وبين المسلمين. وإذا كانت حكمة عمر قد شاءت أن يخرج أهل الكتاب من الحجاز بغية ألا يبقى دينين فى الحجاز ، ولعله سمع فى ذلك قولا من الرسول ﷺ ، فإن هذا لم يكن — فى تقديرى — انطلاقا من اتجاه إلى تصغير أهل الكتاب أو الحط من قدرهم وإنما كان استكمالا لما أنجزه ابو بكر فى حروب الردّة — التى طَهّرت الجزيرة من أهل الشرك — فكلا الرجلين حرص على اعداد الحجاز لدورها الدولى الذى تهيأت له وهو ريادة العالم إلى الإسلام وأن تكون ركيزة الدعوة المحمدية فى مختلف البقاع . ومن ثم فان القرار كان ذا طبيعة سياسية غالبة استهدفت صالح المسلمين فى حينه وطبقا لظروف زمانه ، وليس حكما فى الشريعة الإسلامية يلتزم به المسلمون فى معاملة أهل الكتاب وله فيما لقبه الرسول ﷺ من خيانة يهود المدينة سابقة تعتبر واقعا لايغفل .

وإذن فكرة الذمة وأهل الذمة قد ارتبطت منذ البداية بمدرك الجهاد لانها كانت القاعدة التى تحكم علاقة المسلمين بمن أفاء الله عليهم فى اقاليم المخالفين ، وذلك أن النظرية الإسلامية التقليدية تقيم من دولة الإسلام وصية على كل أقليم تفتحه إذا اختار اهله البقاء على دينهم . بيد أن اهل ذلك الاقليم عليهم — لقاء هذه الوصاية أو الحماية — أن يتحملوا نفقاتها وتلك هى الجزية .

وإذن فحق عندى أن أقول إن سنة الرسول الكريم اقتضت ألا يعامل أهل الكتاب من سكان دولة المدينة على أنهم ذميون — بالمفهوم الفقهى التقليدى للتعبير — وإن هذا المفهوم لم يطبق إلا فى حق من ليسوا من مواطنى الدولة الإسلامية كشرط من شروط المهادنة التى تسبق أو تلحق الحرب .

ولكن هذه التفرقة اختلطت فى آراء الفقه التقليدى بسبب تصوره الخاص لمدرك الدولة ، فالدولة فى المفهوم الفقهى التقليدى الإسلامى تتكون من عنصرين فحسب : شعب وسيادة ولم تعرف عنصر الاقليم ، ولذا كان اميرها هو امير المؤمنين ، ولاينسب لقبه إلى دولة بذاتها أو اقليم بعينه . والبيعة — اى رابطة الولاء التى تعادل الجنسية اليوم — هى عقد بين المؤمنين واميرهم . إن التصور الاجتماعى للدولة على هذا النحو يجعل من الصعب أن نفرق بين اقليم الدولة الأم والأقاليم التى تخضع للوصاية الإسلامية لأن التفرقة تقوم على تقسيم للجماعات ، والتقسيم ينبى على أساس العقيدة فتلك جماعة المخالفين وهذه هى جماعة المسلمين . ومن ثم فجماعة المسلمين تضم المسلمين كلهم فى أرجاء المعمورة ، كما أن دار المخالفين تضم المخالفين كلهم فى ارجاء المعمورة . فاذا أقرت فرقة من المخالفين للمسلمين بالولاء فإن تلك العلاقة تقوم على روابط شخصية وليس على روابط اقليمية . ومن هنا لم يفرق الفقه التقليدى بين أهل الكتاب المواطنين وبين أهل الكتاب الاجانب . وقد اتضح غموض فكرة الإقليم وأنها ليست عنصرا فى دولة الفقه التقليدى فيما قال به الفقهاء وصفا لدار الإسلام ودار الحرب .

ولكن الأمر اختلف اليوم ... فقد توقف الجهاد ولم يعد هناك مجال لتطبيق فكرة الذمة المرتبطة بالمهادنة بين المسلمين والمخالفين ، كما اصبحت دولة العصر دولة اقليمية ، بمعنى أن الإقليم صار عنصرها الذى يرتكز عليه العنصران الآخران : الشعب والسيادة . وتبعا لذلك فإن من يريد أن يناقش مركز أهل الكتاب فى دار الإسلام اليوم لايستطيع أن يعتمد على رأى الفقه التقليدى اعتمادا مطلقا وإنما يتعين عليه أن يراجع نظرات الفقه العباسى — ومن سار على شاكلته — على هدى من سنة الرسول ﷺ التى ألمحت اليها من قبل فيعامل أهل الكتاب من مواطنى الدولة الإسلامية كما عامل الرسول ﷺ اليهود فى المدينة ، فقد كانوا مواطنين يقفون على قدم المساواة — من حيث حقوق المواطنة — مع المسلمين . وهى بداهة مساواة امام القانون وليست مساواة فى القانون ، والمساواة أمام القانون هى نوع المساواة التى تجمع عليها اليوم

التشريعات الخاصة فى الدول المتمدينة . وتبعا لذلك فإن الاحكام الإسلامية التى تفرض النظام العام والتى قد تخص المسلمين بمسئوليات معينة فى الدولة الإسلامية إنما تطبق بناء على أن المساواة تطبق أمام القانون وليس فى القانون . وفى قول آخر فإن ماقد يترتب على بعض الاحكام من عدم مساواة فى القانون هو أمر طبيعى تعرفه كل التشريعات ، ولايعد هذا اخلالا بمبدأ المساواة بين المواطنين ، والحق أن الشريعة الإسلامية — كما تخص المسلمين باحكام معينة — فهى كذلك تخص أهل الكتاب باحكام تقتصر عليهم وحدهم ، ومن ثم فلا مجال للقول بأن عدم المساواة فى القانون يعتبر نقضا للمساواة بمعناها الصحيح .

ان أى تصنيف أو تنظيم لمن يكونون الجماعة الواحدة — أو شعب الدولة — يجب ألا يغفل الحدود الاقليمية التى تنغلق على تلك الجماعة والرابطة المادية والمعنوية التى تشدها إلى اقليم الدولة والسلطة المسئولة عن تناغم أفراد تلك الجماعة وتحقيق الخير المشترك للدولة . ومن هنا لم تعد رابطة الشعب بالدولة رابطة تعاقدية وإنما أصبحت رابطة ولاء سياسى تنظيمية يدين فيها أفراد الشعب لسيادة الدولة بالطاعة والاخلاص ، والكل فى هذا الولاء سواسية . وتصف الدراسات المعاصرة هذه الرابطة بمصطلح « الجنسية » فكل مواطنى الدولة يحملون جنسيتها وكلهم يدينون لها بالولاء والطاعة . وتلتزم الدولة — مقابل هذا — بأن تعامل رعاياها على قدم المساواة لافضل فيهم لاحد على من سواه أمام القانون وإن جاز أن يتمايزوا فى القانون لأن التمايز عندئذ يكون عماد تحقيق الخير العام ومنطلق تزكية الصالح المشترك . ويصعب فى ظل هذه المفاهيم أن نتقبل نظام عقد الذمة كوصف لعلاقة الدولة الإسلامية المعاصرة بفريق من رعاياها . ذلك أن خضوع هؤلاء للسيادة الإقليمية للدولة الإسلامية يغنى فى تنظيم شئونهم عن عقد الذمة فلو أخذنا مثلا الالتزام بعدم منح دار لبيع الخمور فى حى اسلامى فإن ذلك يمكن تحقيقه عن طريق المواصفات التى تتطلبها الدولة عند الترخيص بفتح محل عام ، وزواج الذمى بمسلمة يمكن أن يكون جريمة زنا تعاقب بعقوبة جريمة الزنا التى تطبق على الجميع ، وهكذا .

اما أن نقول إن مواطنى الدولة فريقان فريق أصيل وفريق دخيل فذلك مالا تتقبله المفاهيم المعاصرة وتتأباه الانماط الإنسانية القائمة . ثم إن المرء لايملك إلا أن يتساءل عن مصير الذمى الذى يخالف العهد مخالفة ترتب انهاء عقد الذمة . أيقتل ذلك الذمى عندئذ وهل يكون قتله قتل نفس بالحق أم يسجن ولأى مدة ثم مامصيره بعد السجن ، أم يطرد من الدولة وإلى أين مادام أن الدولة الإسلامية ملزمة بأن تبلغ المشرك مأمنه فاين مأمن الذمى الذى سقط عهده ؟ والآن اطرح السؤال الآتى : لو أننا أردنا أن نقيم اليوم دولة تبنى على النظرية الإسلامية فماذا يكون حكم الذميين فيها أو بتعبير أراه أكثر دقة ماذا يكون حكم أهل الكتاب فيها ؟ .

لقد اخترت مصطلح « أهل الكتاب » وفضلته على مصطلح « أهل الذمة » لان مدرك الذمة كان استجابة لظروف واعتبارات انقضى زمانها فهى — كما بينت — عهد كان يعطى لمن يخيرون بين الإسلام والجزية زمن الجهاد العسكرى الدينى فيختارون دفع الجزية كما أنه قرين منطقى لمفهوم السياده الشخصية ، واليوم تمارس الدولة الإسلامية سيادة اقليمية . ومن ثم فلم يعد هناك محل للتمسك بها أو التقيد بأحكامها ، بل إن تطبيق المدرك قد يؤدى اليوم إلى سلبيات ماأغنانا عنها . قد يقال إن هذه العهود تورث على مر العصور ولاينقضى الزامها فانى اقول إن هذا يضعنا بين أمرين فاما أن تكون تلك العهود قد اعطيت لاقوام بذواتهم ومن ثم فهى لهم ولايستخلنون فيها ، وهؤلاء الخلفاء يصعب اليوم تتبع آثارهم . وإما أنها تمثل مفاهيم عامة لاتقصد قوما بذواتهم وقد ناقشنا مدى شرعية هذه المفاهيم اليوم .

وحرى بالبيان أنه مع قيام الدولة الاقليمية فقدت الجزية مبررها كمقابل لحماية الكتابى لان أهل الكتاب فى داخل الدولة الإسلامية يخضعون لسيادتها كمواطنين ، ثم إن أمن الدولة فى الداخل وحمايتها من العدوان الخارجى اصبح واجبا على المواطنين جميعا بلا تفريق ، والجندية الاجبارية فى بعض الدول — كمصر — تشمل المواطنين كلهم المسلم منهم والكتابى .

إن الذى قدمته يتفق مع المفاهيم العامة التى أقر بها الفقه التقليدى لأهل الكتاب . فقد اتفق علماء المسلمين على أن الذميين سواء فى الحقوق مع المسلمين فى كفالة بيت المعوزين لهم . وقد بعث الرسول الكريم مالا لفقراء مكة فى سنة قحطوا بها ، كما تصدق على بيت من اليهود ثم اجريت عليهم الصدقة من بعد (الاموال لابى عبد القاسم بن سلام ، مكتبة الكليات الازهرية بالقاهرة ، ١٣٨٩ هـ ، ص ٨٠٤) . بل إن من الفقهاء ــ امثال المالكية والزيدية ــ من يجيز اعطاء أهل الذمة من أموال الزكاة .

كذلك يجوز أن يتولى أهل الذمة ارفع المناصب واعلاها ــ مادام أنها ليست من الولايات التى تتصل بامور العقيدة الإسلامية ــ ويذهب البعض من المحدثين إلى جواز اشراك الذمى فى الشورى المتعلقة بالامور الدنيوية وممارسة حقوق العضوية والتصويت فى المجالس النيابية فيما تمارسه تلك المجالس من مسائل تتعلق بنظام الحياة . وبديهى أن الاغلبية فى تلك المجالس هى للمسلمين فلا غضاضة أن يسهم أهل الكتاب برأيهم وخبرتهم فيما يعود بالخير المشترك على الدولة التى ينتمى اليها المسلمون والكتابيون (قارن ابو الاعلى المودودى ــ حقوق أهل الذمة فى الدولة الإسلامية ، دار الفكر دمشق ، ص ٣١ ــ ٣٢ ، وكذا عبد الكريم زيدان ــ أحكام الذميين والمسأمنين فى دار الإسلام ، مطبعة جامعة بغداد ، سنة ١٣٨٣ هـ) .

ويقول القرافى فى الفروق (ج ٣ ــ ص ١٤) «فمن اعتدى عليهم ولو بكلمة سوء أو غيبة فى عرض احدهم أو نوع من أنواع الاذية أو اعان على ذلك فقد ضيّع ذمة الله ورسوله وذمة دين الإسلام » . ويحكى ابن حزم فى مراتب الاجماع « أن من طعن فى ذمى وجاء أهل الحرب إلى بلادنا يقصدونه وجب علينا أن نخرج لقتالهم بالكراع والسلاح ونموت دون ذلك صونا لمن هو فى ذمة الله تعالى وذمة رسوله ﷺ فإن تسليمه دون ذلك اهمال لعقد الذمة » .

إن ماذكرته من نماذج لاقوال بعض الفقهاء ينتهى إلى المبدأ العام الذى انادى به وهو أن الكتابى المقيم فى دولة الإسلام مواطن شأنه شأن غيره من المواطنين

يتمتع معهم بحقوق المساواة القانونية فى مفهومها الذى اسلفته والذى لاتختلف عليه قوانين الدول اليوم .

إن الذمة ـــ فى المفهوم التقليدى ـــ عقد ، وقد حلت الجنسية اليوم محل ذلك العقد ، فلم تعد علاقة المواطن بدولته علاقة عقدية وإنما هى علاقة تنظيمية . إن فكرة العقد التى استهوت الفقه التقليدى فجعل من علاقة المواطن المسلم بالامام عقدا هو عقد البيعة ومن علاقة المواطن غير المسلم بالامام عقدا هو عقد الذمة قد حرضت طرتها وسقطت حجتها لان العلاقة بين المواطن وبين الدولة ـــ كما اسلفت ـــ لم تعد علاقة اجتماعية وإنما هى علاقة اقليمية ومن ثم فإن السيادة الشخصية قد استحالت إلى سيادة اقليمية ، وفى ظل السيادة الاقليمية لايمكن أن نؤمن صالح الدولة ـــ والمجموع ـــ إلا فى ظل علاقة تنظيمية تربط بين الدولة ومواطنيها جميعا ... وقد اصطلح الفقه الحديث على تسمية هذه العلاقة بعلاقة الجنسية . ولا أرى ضيرا فى ذلك ، كما لاأعلم نصا فى القرآن أو الحديث يناقض فكرة الجنسية أو يستنكر تنظيم العلاقات الدستورية والدولية على أساسها .

لقد تأثر العمل والرأى فى الفقه الإسلامى ـــ فى شأن أهل الكتاب ـــ بالافكار الفارسية والبيزنطية . إذ نصح عمر بأن يسير فى بعض نظمه المالية على ماكان متبعا فى فارس . كما نرى صدى للمفاهيم البيزنطية فى آراء الفقه المتزمت بشأن أهل الكتاب .

إن لفظة ذمة تقابل فى اللاتينية لفظة (fide) وقد عرف الرومان معاهدة تتقارب ـــ إن لم تتماشى ـــ مع عهد الذمة تعرف باسم (deditio) . وكانت تبرم بين ممثل روما وممثل المدينة المهزومة ، وبها يحيل الاخير حقوق السيادة إلى روما فيصبح مواطنو تلك المدينة مواطنين رومانيين ، أى انهم يكتسبون المواطنة بعقد ويطلق عليهم (cléents) ويدخلون بذلك فى ذمة روما (fide populi Romani) كما يدخل الذمى فى ذمة دولة الإسلام ، بيد أنها مواطنة غير كاملة فهم لا يتمتعون بالحقوق المدنية ، وتفرض عليهم روما ضريبة على الرؤوس .

كذلك تقضى معاهدة (deditio) فى شأن الاراضى التى تفتح عنوة بما يلى :ـــ

(١) أن تمنح للافراد الرومانيين كملكية خاصة (Ager privati ex jure quiritrium viritium) وبذا تصبح تلك الاراضى (Ager viritanus) وعندئذ تعفى من الضريبة ، أو

(٢) أن تترك لاصحابها القدامى (peregrin) ، وهنا تفرض عليها ضريبة (Ager publicus stupendariis datus assignatus) ويكون من حق الدولة أن تنزع ملكيتها فى أى وقت تشاء ، أو

(٣) أن تذهب إلى الدولة فتصبح ملكية عامة .

وهكذا نجد التماثل واضحا بين الخطوط العريضة للمركز القانونى لمواطن الدولة المهزومة فى القانون الرومانى وبين مركز الذمى فى الفقه الإسلامى المتزمت (صبحى صالح ـــ النظم الإسلامية ـــ بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٢٤ ـــ ٢٥) .

بيد أننى لا أريد أن اذهب فى التحرر إلى المدى الذى حصل فى عهد يزيد ، إذا كانت هناك مقبرة لغير المسلمين فى مكة ، وقد صاحبه فى الحج مسيحى يدعى ابو الحكم (كتاب الاغانى ـــ الاصفهانى ، ج ٥ ، ص ١٣) . أو الذى فعله عبد الملك بن مروان عندما ارسل مهندسا مسيحيا إلى مكة (الاصفهانى ، ج ١٣ ، ص ٤٠) . ولكننى أتغيا المدهدة من التزمت الذى اتسم به فريق من الفقهاء التقليديين فى شأن معاملة الذميين .

قد يقال إن الجزية جاء لها ذكر فى القرآن ، وردى على ذلك أن القرآن الكريم ذكر الجزية مرة واحدة فى سورة التوبة . قال تعالى « قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . وهى فى هذا المقام تتعلق ـــ كما اسلفت ـــ بفريق من أهل الكتاب « من الذين اوتوا الكتاب » وهم الذين يصدق فى حقهم ماجاءت به

الآية الكريمة من أوصاف ، وليس هذا شأن المواطن الملتزم الذى اعنيه بما أقول .

وقد شرح بعض الكتاب المحدثين فلسفة الجزية « وأما الجزية فتفرض على غير المسلمين وحدهم ، فالمسلم يؤدى الزكاة ، ولا يؤدى الجزية . توازن فى الاعباء العامة يحتم أن يساهم غير المسلم فى الموارد المالية للدولة . وبالاضافة إلى ذلك فإن غير المسلم يعفى من أداء الجزية — مع بقائه على دينه — إذا أدى الخدمة العسكرية فى جيوش المسلمين . فالدفاع عن الوطن — فى اى بلد اسلامى — كان منوطا بالمسلمين وحدهم .. وكان ينظر إلى الجزية حينئذ على أنها مقابل الحماية التى توفرها الدولة لاهل الذمة من الغزو والاعتداء» . (مصطفى ابو زيد فهمى فن الحكم فى الإسلام ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٣٨٩ — ٣٩٠) .

ومن الآراء الطريفة فى الموضوع رأى المستشرق جارديه ، فهو يرى أن نظام الذمة هو اسهام فى الضيافة المقدسة ونظام الملجأ ، فالذميون ليسوا رعايا من الدرجة الثانية وإنما هم ضيوف مستقرون فى المجتمع الإسلامى ، وبديهى أن مساهمة الضيف فى حياة العائلة التى تستضيفه يجب أن تكون مساهمة حقيقية والذمة تفرض على المسلم أن يستضيف الذمى وأن يمنحه ملجأ . (Gardet, L.- Cité Musulmane, Paris, 1954, P. 58). وأيا كان الرأى فالجزية التزام مالى لاعتبار امنى .

إن الدولة فى النظرية الإسلامية ليست دولة الفلاسفة كما تصورها افلاطون ولا دولة المدينة الفاضلة كما يخيلها كتاب آخرون .. ولكنها دولة الواقعية المثالية . ومن دلائل تلك الواقعية أن القرآن الكريم أوضح أن المشيئة الإلهية اقتضت ألا يكون الناس على دين واحد . « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولايزالون مختلفين » (هود ، ١١٨) ، وقرر الحقائق التى تساير السنة الفطرية كقوله تعالى « وماأكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين » (يوسف / ١٠٣) . ومن ثم فإن تكوين شعب الدولة — ذات المفهوم الاقليمى — من

مؤمنين وغير مؤمنين هى سنة فطرية وحقيقة أولية . ومادام أن الرسول ﷺ قد تقبل هذه الحقيقة وأقرها وساوى بين مواطنى دولة المدينة فإننا يجب أن نتقبل اليوم تلك المساواة وأن نقول إن أهل الكتاب مواطنون وليسوا ذميين . «ولا يزالون مختلفين إلا من رحم بك ولذلك خلقهم »(هود / ١١٨ــ ١١٩) .

ولا معنى لان نبتعث افكارا تتقاعس عن تحقيق الصالح العام أو نتشبث بآراء غدت من الركام .

اننا الآن بصدد تنظيم قانون السلام الإسلامى فى جماعة دولية تنقسم إلى وحدات سياسية اقليمية هى الدول ، وتتغيا اقامة العلاقات على أساس من السلام وليس على اساس من الحرب ، ومن ثم فإن تشكيل الدولة الإسلامية يجب ــ حتى نستطيع أن نساير الركب وندافع عن مصالح الإسلام ــ أن يقوم على العناصر الثلاثة التى تقوم عليها الدولة الحديثة ، كما سبق أن اوضحت .

وفى تحديد اركان الدولة يكون عنصر الشعب هو الشعب الذى يضم مواطنى الدولة من مسلمين وكتابيين فى مساواة حقيقية أمام القانون . أما ما أسلفت من احكام يغالى اصحابها فى معاملة أهل الكتاب أو اعتدلوا ولكنهم لم ينصفوا فهى احكام اجتهاد تأثر بعصره وتفاعل مع بيئته ، والاحكام ــ وهذا من مسلمات النظرية الإسلامية ــ تتغير بتغير الزمان والمكان . وتلك اولية تنطبق بجلاء على مركز أهل الكتاب فى دولة الإسلام .

قد يعاب على رأيى أننى اقمت عدم المساواة فى القانون على أساس اختلاف الدين ، وتبعا فانه لافرق فى الواقع بين ماذهبت إليه وبين ماقال به الفقه التقليدى . ولكنى ارد على ذلك بأننى اردت بما قلت تصنيف المواطنين وليس تمييزهم ، ودليلى على ذلك :

١ ــ لما كانت المساواة عندى بين المسلم والكتابى هى القاعدة الاساسية فان التمييز ــ أو بالاحرى التصنيف ــ استثناء يجب عدم التوسع فيه وتطبيقه بقدره . ومن ثم فإن الشك عند التقييد يفسر لصالح الكتابى .

قد يعترض البعض على هذه الحجة بالحديث الشريف « لا تبدوأ اليهود والنصارى بالسلام ، وإذا لقيتموهم فى الطريق فاضطروهم إلى أضيقها » . ولابد أن المعترض يرى فى الحديث نوعا من انزال الصغار بأهل الكتاب والاذلال لهم . وهذا فهم خاطىء فيما أرى ، فالحديث اجراء استثنائى لظرف استثنائى . وتفصيل الامر أن اليهود كانوا يمرون بالمسلمين فيتظاهرون بتحيتهم قائلين : السام عليكم ، أى الموت والهلاك . ولذا قال الرسول ﷺ فيما رواه ابن عمر — إذا سلّم اليهود عليكم فإنما يقول أحدهم : السام عليك فقل وعليك .

ولم يقتصر اليهود على الغمز واللمز بل تجاوز سلوكهم ذلك إلى نقض العهد مما اضطر الرسول إلى اجلاء بعضهم عن المدينة فى أول الامر ثم قبل التحكيم مع بنى قريظة وانتهى التحكيم باعدام القادرين على القتال منهم . ولكن بقيت للمبعدين جيوب فى خيبر واصلت التآمر على المسلمين فكان لابد من القضاء عليها حتى لاتكون فتنة ويكون الدين لله . ولم يكن فى المدينة من النصارى عدد يعتد به ليميزهم عن اليهود وقتئذ أو يختصهم وحدهم بحكم مستقل .

ومن ثم فإن الاجراء الذى أمر به الرسول ﷺ قد صدر عنه باعتبار امامته ورياسته ودرءاً لمفاسد بعض أهل الكتاب وسعيا وراء تجميعهم ازاء مواجهاتهم الحادة العنيفة للمسلمين فى مرحلة مصيرية بعد تاريخ الدعوة الإسلامية . ومن ثم فهو ليس حكما عاما يصدق على كل زمان ومكان . وتبقى القاعدة العامة فى معاملة أهل الكتاب « لهم مالنا وعليهم ماعلينا » . وكيف يكون حكما عاما وقد قام الرسول ﷺ تحية لجنازة يهودى ، وهو الذى لم يتردد فى أن يزور غلاما يهوديا مريضا فى بيته واكرم وفادة نصارى نجران حتى أنزلهم فى مسجده وأذن لهم بالصلاة إلى جوار المسلمين ، وهو الذى زارعهم وساقاهم ، وأكل من طعامهم كما يقول ابن قيم الجوزية.

(فهمى هويدى ـــ المرجع السابق ، ص ١٨٢) . وقد مات الرسول ودرعه مرهونة عند يهودى . ولذا فانه مما يدعو إلى الدهشة أن يحاول البعض فى زماننا هذا تبنى مثل تلك الافكار باعتبارها من تعاليم الإسلام ؟ .

إن المبررات التى دعت إلى اعتزال اليهود والنصارى ـــ طواعية للحديث الشريف ـــ هى ذاتها التى دعت إلى اجلاء اليهود والنصارى عن الحجاز إذ ليس بمستغرب على أى منطق أو تشريع أن تلجأ الدولة الى تطهير مقرها من العناصر المناوئة والمعادية ، لاسيما إذا قامت المعارضة وقت مرور الدولة بظروف مصيرية وذلك تأمينا لظهرها وتوثيقا لأمنها .

وهناك حديث آخر يمكن أن يدفع به فى هذا المقام وهو يقول « لاخصاء فى الإسلام ولا كنيسة » والحديث مطعون فى رواته مشكوك فى صحة نسبته إلى الرسول ، وأغلب الظن أن ابتداع هذا الحديث يرجع إلى مناخ عدم الثقة بين المسلمين والكتابيين الذى انبعث ـــ عبر التاريخ ـــ من علاقاتهم غير المستقرة فاسفرت عن اجتهادات تتشدد فى الحفاظ على خصوصيات المسلمين . ولذا فقد كانت شاغلا للفقهاء أكثر منها شاغلا للمسلمين ، وهنا ـــ كما فى العديد من الحالات ـــ نلمح كما قدمت انفصال الفقه التقليدى المترمت عن الحقيقة الاجتماعية .

وارانى فى غنى عن الخوض فى بناء الكنيس فى دار الإسلام ، فتلك مسألة تفصيلية تخضع لاعتبارات الشعور العام . والحق ثابت فى ذلك ، ثابت لايحتمل عندى جدلا ، والا كيف ساغ لخالد بن الوليد أن يضمن عهده لاهل عانات شرطا ينص على ان « لهم أن يضربوا نواقيسهم فى اى ساعة شاءوا من ليل أو نهار . إلا فى اوقات الصلاة ، وأن يخرجوا الصلبان فى ايام عيدهم » (الخراج لابى يوسف ـــ ص ١٤٦) . ولذلك كانت العهود والمواثيق هى التى تنظم ذلك الجانب فى الماضى بين المسلمين والكتابيين . ولنا فى استضافة الرسول ﷺ لوفد نصارى نجران فى المسجد أسوة حسنة عند وضع الاحكام لاسيما بعد أن تطاولت الازمات ومضت القرون وتأصل الطابع الإسلامى فى امصار

المسلمين . وهنا أود أن أذكر الأب سرجيوس الذى اعتلى منبر الجامع الازهر ابان ثورة سنة ١٩١٩ م ليقول « إذا كان الانجليز يتمسكون ببقائهم فى مصر بحجة حماية القبط فأقول ليمت القبط وليحيى المسلمون أحرارا » . وقد نقل عنه انه قال : « إذا كان استقلال المصريين يحتاج إلى التضحية بمليون قبطى فلا بأس من هذه التضحية » .

إن التعصب الدينى هو اليوم من الاسلحة الفتاكة التى يحرص الاستعمار على شهرها لضمان فرقة الامة واضعاف شوكتها لتبقى دائما تحت ربقة الغاصب وفى قبضة نفوذه ، وقد تفتت مقاومتها ولانت عريكتها . ولذا فإن الصالح العام للدولة ـــ مسلميها وكتابييها ـــ يقتضى أن ينصهر شعبها فى بوتقة الوطنية الصادقة ضمن اطار حياة اجتماعية مترابطة . وهل ننسى الحديث الذى أوصى به الرسول ﷺ العرب بالقبط لان فيهم نسبا . ويرجع النسب إلى السيدة هاجر المصرية زوجة ابراهيم عليه السلام ، كما يرجع إلى زواج الرسول ﷺ من مارية القبطية ، وقد ولدت له ابنه ابراهيم .

أن ابا الاعلى المودودى ـــ الفقيه الباكستانى ـــ يذهب إلى أن للمواطنة اساسين : الإيمان وسكنى دار الإسلام ، ويستمد ذلك من قوله تعالى « إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وانفسهم فى سبيل الله ، والذين آووا ونصروا . أولئك بعضهم اولياء بعض . والذين آمنوا ولم يهاجروا ، مالكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا » (الانفال / ٧٢) .

إن منطق الفقيه هنا تعوزه الدقة فهو يحمل الآية الكريمة غير معناها فهى قد نزلت داعية إلى توثيق الروابط بين المهاجرين والانصار ، الامر الذى حدا بالرسول إلى أن يؤاخى بينهم .

ويضيف المودودى إلى ذلك حجة من التاريخ مؤداها أن عصر النبوة والخلافة الراشدة لم يشهد واحدا من أهل الذمة تولى وظيفة قيادية عامة أو عضوا فى مجلس نيابى أو اشترك فى انتخاب الخليفة . وتلك لعمر الحق حجة قاصرة لأن التنظيم السياسى للعهد الذى يستشهد به يختلف عن التنظيم السياسى

للعهد الحالى ، لاسيما وأن فكرتى « التمثيل » و « المجالس النيابية » لم تكن معروفة وقتئذ . ثم إن الظروف التى عاش فيها الإسلام فى باكورة قيامه تختلف عن الظروف التى يعيش فيها المجتمع الإسلامى من حيث الثقة والعلاقات السلمية . هذا فضلا على أن عدم اشتراك الكتابى فى بعض مظاهر الحياة السياسية لايخل بحقه فى المساواة ، ولى كلمة فى ذلك اقولها بعد قليل . فقياس الفقيه إذن قياس على غير مقيس .

٢ ــ أن الاختلاف بين المسلم والكتابى فى شأن الولايات لاينفى المساواة التى انشدها . ذلك أن المسلمين فى الدولة الإسلامية هم حزب الاغلبية والكتابيون هم حزب الاقلية . ولامراء فى أن النظام الديمقراطى المعاصر ــ كما هو مطبق فى أكثر البلاد اخذا بالحريات السياسية ــ يجعل الحكم من حق حزب الاغلبية ، وطبيعى أن حزب الاغلبية لايختار للولايات العامة إلا ممن كان من انصاره ويدين بافكاره . فليس منطقيا فى دولة كبريطانيا مثلا أن يكون حزب المحافظين هو حزب الاغلبية ثم يتولى رئاسة الوزارة عضو من حزب العمال . وهكذا الامر فى النظرية الإسلامية فهى تقصر بعض الولايات العامة على من يدين بعقيدة الاغلبية ــ وهى الإسلام ــ فرئيس الدولة مثلا أو رئيس الوزراء يجب أن يكون مسلما ، ولاغضاضة فى ذلك إذ مادام أن اختصاص انصار حزب الاغلبية بكراسى الحكم لايقدح فى مبدأ المساواة بين المواطنين فى الدولة الديمقراطية فإن الامر يجب أن ينظر اليه على هذا النحو وبذلك المفهوم فى النظام الإسلامى . قد يقال ولكن الاحزاب فى الدول الإسلامية اليوم تضم المسلمين والكتابيين ، والرد على هذا هو أننى لاابحث عن حكم يثبت الواقع ايا كان ولكنى اقدم حكما لما يجب أن تكون عليه النظرية الإسلامية . فالحزبية فى الإسلام ــ كما يستفاد من صريح نصوص القرآن ــ هى حزبية عقائدية « فإن حزب الله هم الغالبون » (المائدة / ٥٦) . « كل حزب بما لديهم فرحون » (الروم / ٣٢) . « رضى الله عنهم ورضوا عنه اولئك حزب الله » (المجادلة / ٢٢) .

ومع ذلك فان النظرية الإسلامية لاتحتكر المناصب القيادية للمسلمين ولاتخصهم وحدهم بكافة الولايات العامة . فابن تيمية يحدد قاعدة اختيار الاصلح واختيار الاصلح يتم بمعرفة مقصود الولاية ومعرفة طريق المقصود فلهذا لما غلب على الملوك قصد الدنيا دون الدين قدموا فى ولايتهم من يعينهم على تلك المقاصد .

أما الماوردى فقد عقد فصلا فى كتابه « الاحكام السلطانية » عن تقليد الوزارة فقال إنها حزبان : وزارة تفويض وفيها يفوض الامام إلى وزيره تدبير الامور برأيه وامضاءها على اجتهاده ، ووزارة تنفيذ وحكمها اضعف وشروطها اقل لأن النظر فيها مقصور على رأى الامام وتدبيره . وهذا الوزير وسط بينه وبين الرعايا والولاة يؤدى عنه ماأمر وينفذ عنه ماذكر ويمضى ماصدر . ومااقرب وزير التنفيذ هذا مما نطلق عليه اليوم وزير الدولة . ويجيز الماوردى أن يكون وزير التنفيذ من أهل الذمة .

أما الوظائف الكبرى فيشترط فيها الماوردى توافر صفة الإسلام فيمن يتولاها عدا جباية الزكاة فيجوز أن يكون جابى الزكاة من غير المسلمين إذا كان فى مال قد عرف مبلغ أصله وقدر زكاته ، ذلك أن جابى الزكاة يعد من عمال التنفيذ لا التفويض .

وفى اجتهادات الباحثين المعاصرين آراء تفتح بابا اوسع لمشاركة الكتابيين فى الحياة العامة للدولة الإسلامية ، فهناك رأى يرى بجواز اشتراك أهل الكتاب فى الوقت الحاضر فى انتخاب رئيس الجمهورية فى الدول الإسلامية الجمهورية لان رئاسة الجمهورية ليست لها صبغة دينية كما كانت فى السابق . فهى إذن رئاسة دنيوية وليست هى الخلافة التى يتحدث عنها الفقهاء ، وأن بقى لها شىء من معانيها (عبد الكريم زيدان ــ المرجع السابق ، ص ٨٣) .

إن هذا الرأى يسلم بواقع الحال ويضع له حكما ولكن غايتى فى هذا البحث هى تصوير مايجب أن يكون عليه الحال والبحث عن الحكم الإسلامى

المناسب له . ولذا أفضل رأيا آخر يذهب إلى أن الكتابيين يستطيعون أن يعملوا فى أى هيئة حكومية ترشحهم لها مؤهلاتهم الشخصية ، بما فى ذلك الدفاع عن الدولة الإسلامية . ولكن من الممكن أن يستبعدوا فقط عن تلك المراكز التى يتطلب اتخاذ القرارات فيها وجود التزام شخصى بالاسلام كتولى القضاء بين المسلمين أو وضع السياسة العامة للدولة الإسلامية (اسماعيل الفاروقى — حقوق غير المسلمين فى الدولة الإسلامية ، مجلة المسلم المعاصر العدد ٢٥ ، سنة ١٩٨١ ، ص ٢٥) . واضيف إلى هذا الرأى أن من وزارات التفويض التى تكلم عنها الماوردى وزارات يمكن أن يتولاها الكتابى مثل وزارة الاعلام ووزارة الزراعة ووزارة المواصلات ووزارة الصناعة ، وهكذا .

ويبدو أن من الفقهاء من أحس بأن فتواه تفتقر إلى ساق قوية لتقف عليها فذهب — مثل الماوردى — إلى أن الالتزامات التى تفرض على أهل الكتاب مثل اخفاء دفن موتاهم ومنعهم من ركوب الخيل وتغيير هيئاتهم وشد الزناد (الحزام) وألا يعلوا على المسلمين فى الابنية ، وغير ذلك من الشروط الغريبة — هى من قبيل المستحب . وسواء كانت من قبيل المستحب أم من قبيل المستحق فإن الذى يؤخذ عندى على القائلين بهذه الآراء التى تغرق فى تنظيم جزئيات الحياة الخاصة بالكتابى قد تجاوز — كما أوضحت — ماينبغى أن يقف عنده الاجتهاد بالنسبة لما يطبق من احكام على أهل الكتاب .

قد يحتج البعض على مذهب المساواة فى المواطنة بين المسلم والكتابى بآيات القرآن الكريم التى تؤيد فى ظاهرها — لمن لا يحسن تفهم معناها — مخالفا لما اقول ، والآيات الكريمة ثلاثة هى :—

(أ) « لا يتخذ المؤمنين الكافرين اولياء من دون المؤمنين » (آل عمران / ٢٨) .

ب) « يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ماعنتم قد بدت البغضاء من افواههم وماتخفى صدورهم اكبر » (آل عمران / ١١٨) .

ج) « يا ايها الذين آمنوا لاتتخذوا اليهود والنصارى اولياء » (المائدة / ٥١) .

غير أن سياق النصوص القرآنية يؤكد أنه لا صلة البتة بين هذه الآيات والتعامل العادى فى المجتمع الإسلامى بين المسلمين والكتابيين « فهى جميعا واردة فى المعتدين على الإسلام والمحاربين لأهله ، وتحرر افراد الأمة من خصومها واجب يتجدد فى كل عصر » (محمد الغزالى ــ التعصب والتسامح بين المسيحية والإسلام ، ص ٤٠) .

٣ ــ أن المساواة التى اتكلم عنها والتى تعتبر أن أهل الذمة مواطنون أوسع من البر بأهل الكتاب الذى يتكلم عنه المعتدلون من الفقهاء التقليديين . ولذا فان الامثلة والاسانيد التى تضرب لتأكيد ذلك البر كحرص عمر بن الخطاب على أن يتحرى بنفسه مراعاة ولاته للبر بأهل الذمة أو منع المسلمين من التعرض لهم بسب أو أذى ، وما إلى ذلك ، هى أدخل فى باب معاملة الاقليات . بديهى أن اهل الكتاب اقلية عددية فى دار الإسلام ولكنهم ليسوا اقلية ثانوية لان الذمة التى لهم من الدولة هى ذاتها الذمة التى للمسلمين ، فالفئتان كما قلت تتساويان فى رابطة الجنسية وتلتزمان ــ على قدم المساواة ــ بواجبات المواطنة وتتمتعان بحمايتها . ولذا قلت إن المسمى الافضل عندى هو «أهل الكتاب» وليس «أهل الذمة» . ومن ثم فانى أحيى ــ مثلا ــ بتحفظ قيام العباسيين بانشاء ديوان خاص للمحافظة على اموال الذميين ورعاية مصالحهم ، وكان اسم رئيس الديوان « كاتب الجهباذ » (والجهبذ كلمة فارسية معناها العارف بتمييز الجيد من الردىء عن طريق الثقة والتمحيص) ، وأنشأ الامويون فى الاندلس ديوان « كاتب الذمة » ليؤدى مهمة مماثلة لمهمة كاتب الجهباذ .

ولكن هذه الامثلة لاتصل إلى حد المساواة التى اقصد اليها ، فهى تشير إلى نوع من الفصل العقائدى ، وهذا اضيق من مفهومى للمساواة لان هذه مساواة تعادلية والتى أقصد اليها مساواة اندماجية .

إن الحساسية التى استشعرها بعض الفقهاء حيال أهل الكتاب وماأسفرت

عنه من تشدد مرجعها إلى مالقيه المسلمون من أهل الكتاب فى اوائل الدعوة الإسلامية فقد كان قساوسة الكنيسة حتى العصر الوسيط يعتبرون بلاد المسلمين دياراً لهم كما منعت اعراف ذلك العصر على الفرنجة التعامل التجارى مع المسلمين ، وهذا ماقرره صراحة مجمع اللاتران الكنسى عام ١١٧٩ م . كما لم تسمح اوربا المسيحية باستمرار تعبد المسلمين فى جنباتها ، وماجرى فى الاندلس وصقلية خير شاهد على ذلك .. فقد كانت الخيارات التى وضعت أمام المسلمين فى هذين البلدين هى القتل أو اعتناق المسيحية أو الطرد، مماانتهى إلى اقتلاع جذور الاسلام تماما من هذه المناطق . ولكن هذه الحقائق لا تنهض مبررا يجيز أن نقابل أهل الكتاب جميعا بمعاملة المثل وأن ننكر عليهم حقوقا ثابتة بحكم القرآن والسنة أو أن نلقى على الجميع تبعة جرائم ارتكبها نفر بعينه فى زمن معين .

وثيقة حقوق الإنسان فى الإسلام :

وجرى بالذكر أن المؤتمر الإسلامى أعد وثيقة من ثمان وعشرين مادة عن حقوق الإنسان فى الإسلام ولكنها لم تحظ بقبول الدول الاعضاء ولذا فانها قيد الدراسة مجددا ، بيد أننى أرى من المناسب أن اناقش هذه الوثيقة فى ايجاز من حيث أنها تنبىء عن عموميات اتجاه المؤتمر فى هذا السبيل .

تبدأ الوثيقة بديباجة تؤكد ايمان الدول الاعضاء بالرسالة المحمدية وقيامها على عقيدة التوحيد والدور الحضارى والتاريخى للأمة الإسلامية وتثبت المادة الأولى حق المساواة بين البشر جميعا فى أصل الكرامة الإنسانية والتكليف والمسئولية وأن احب الخلق عند الله أنفعهم لعياله . وفى هذا الحق يفصل فقهاء المسلمين فى أحكام اللقيط وربما كان من الافضل لو أن المادة تضمنت الاشارة إلى ذلك . وتكفل المادة الثانية حق الحياة لكل انسان وتحرم جريمة الاصطلام .

وتتناول المادة الثالثة بعض احكام الحرب والمنازعات المسلحة ، وهى بذلك توازن بين حق الإنسان فى السلام (القانون الانسانوى) وبين حق الإنسان فى الحرب (القانون الانسانى) ولذا فإن المادة فى رأيى قد حشرت فى غير موضعها .

وتقرر المادة الرابعة حرمة الإنسان بعد موته وحماية جثمانه ومدفنه .

وتثبت المادة الخامسة أن الأسرة هي الأساس في بناء المجتمع والزواج اساس تكاملها . وتأتى المادة السادسة لتبين أن المرأة مساوية للرجل فى الكرامة الانسانية ولها مثل ماعليها من الواجبات ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية وفى الوقت ذاته تحمل الرجل عبء الانفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها . والواقع أن المادة السادسة ذات صلة بالمادة الأولى فهى تقنن شطرا من الذى اوردته المادة الاولى وهو المساواة . وتنظم المادة السابعة العلاقة بين الطفل وأبويه .

وتتكلم المادة الثامنة عن حق كل انسان فى التمتع بجنسية وهى بذلك تزكى الانفصال بين الدولة الإسلامية حتى أنها ترتفع بالجنسية إلى مستوى حق أساسى من حقوق الإنسان فى النظرية الإسلامية .

وتنص المادة التاسعة على حق الإنسان فى التمتع بشخصيته الشرعية .

وتجعل المادة العاشرة طلب العلم فريضة والتعليم واجبا على الدولة وهنا لاتقتصر المادة على حقوق الإنسان بل تتكلم عن فريضة من الفرائض التى يلتزم بها ، ومن ثم فإن طلب العلم بهذا هو حق يغلب فيه حق الله لأنه لو كان من الحقوق التى يغلب فيها حق الفرد لجاز له أن يتنازل عنه ولما كان فريضة عليه .

أما المادة الحادية العشرة فتمنع ممارسة أى لون من الإكراه على الإنسان ليترك دينه الإسلامى ، فهى إذن تحدد من القاعدة القرآنية التى تمنع الاكراه فى الدين عموما أيا كان الدين وليس الإسلام وحده .

وتذكر المادة الثانية العشرة بأن الإنسان يولد حرا وتحرم الاستعمار بشتى انواعه ، أى انها تجمع فى فقرتى المادة بين حق الإنسان وحق الشعب ظنا منها بأن حرية الإنسان مرتبطة بحرية الشعوب فاستخدمت لذلك تعبيرا غامضا — لاسيما بالنسبة للاحكام النظرية الإسلامية — وهو الاستعمار . ولاننسى أن من الكتاب الغربيين من يعتبر أن الجهاد الحربى يعد من قبيل الاستعمار بمفهومه الغربى المعاصر .

ولعل خطأ المادة هو فى جريها وراء المصطلحات الحديثة دون تدقيق أو تعمق .

وتضمن المادة الثالثة العشرة لكل انسان الحق فى إطار الشريعة فى حرية التنقل واختيار محل اقامته وحق اللجوء ، وعلى البلد الذى يلجأ اليه أن يجيره حتى يبلغه مأمنه . وقد أحسنت الوثيقة إذ قيدت حرية التنقل بأحكام الشريعة لان الشريعة تجيز وضع قيود على ذلك كالسفر مثلا درءا لمفسدة أو تحقيقا لمصلحة .

أما سن اللجوء على هذا النحو فهو نقل من أحكام القرآن فى شأن لجوء المشركين إلى حماية الإسلام وإذن فهو لايجعل حق اللجوء حقا ثابتا ومستمرا فى حين أن لجوء المسلم إلى بلد اسلامى — لاسيما وأن الوثيقة تؤكد على حق الإنسان فى جنسية — يجب أن يكون فرضا على الدولة الإسلامية دون قيد لاسيما وأن هناك حالات يكون فيها اللجوء واجبا مفروضا مثل الخروج من دار الحرب أو دار البدعة إلى دار الإسلام ، وأول من فعل ذلك ابراهيم عليه السلام . والله تعالى يقول «ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها » (النساء / ٩٧) .

وتقول المادة الرابعة العشرة إن العمل حق تكفله الدولة والمجتمع لكل قادر عليه وللانسان حرية اختيار العمل اللائق به . والحق أن هذه المادة تكرس حقا تناوله الفقه الإسلامى بتفصيل واف ، ويطول بى المقام لو أننى ناقشته بما يستحقه ولكنى اكتفى هنا بأن المادة كان يجب أن تستكمل الاشارة إلى مقدماته الرئيسة باضافة نص يتعلق بحقوق العامل فى تكافؤ الفرص والرعاية الصحية وتأمينه ضد البطالة ورعاية الاحداث والنساء ولايغنى فى الاحداث والنساء أن المادة ذكرت بألا يكلف العامل بما لاطاقة له به . كذلك كنت أتوقع أن تقيد المادة حق العامل فى اختيار العمل بأحكام الشريعة الإسلامية لأن هناك من الاعمال مالا تجيز الشريعة القيام به كبيع الخمر بالنسبة للمسلم مثلا . قد يقال إن المادة / ٢٣ تكفى فى هذا لانها تقيد الحقوق والجزئيات الواردة فى الوثيقة بأحكام الشريعة الإسلامية ، فان صح هذا لوجب أن ترفع الاشارة إلى

أحكام الشريعة من المواد التى تضمنت تلك الاشارة مثل م ١٣ التى تقيد حرية التنقل بأحكام الشريعة.وأقول ذلك لأن فى النظرية الإسلامية أحكاما غاية فى الطرافة بالنسبة للعمل كإسقاط الزكاة عن معدات العامل كالكتب مثلا . وتجعل المادة الخامسة العشرة من التجارة حقا للانسان ، كما تضمن المادة السادسة العشرة لكل انسان الحق فى التملك وتحرم مصادرة الاموال إلا بمقتضى شرعى . ومادام أن الوثيقة تضيف أحيانا بعض الالتزامات المتعلقة بالحق والتى يغلب أن تكون شرطا فى ممارسته فإنى كنت أفضل لو أن المادة اضافت الزام المالك بمداومة استثماره إذا كان من يؤازر الاتباع وكذا الالتزام بدفع الزكاة المستحق عليه .

وتتعلق المادة السابعة العشرة بحماية حق كل انسان فى الانتفاع بثمرات انتاجه العلمى أو الادبى أو الفنى أو الثقافى . والحق أن الملكية يجب تعريفها فى النظرية الإسلامية إذ يمكن أن تنصرف إلى الملكية المعنوية الأمر الذى كان يغنى فيه حكم المادة السابقة ولكن اهتمام الوثيقة باقرار هذه الملكية على حدة هو ابراز لأهميتها واظهار لأن الوثيقة تساير الاتجاهات الحديثة .

وتذكر المادة الثامنة العشرة أن لكل انسان على مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية وتفرض على الدولة أن تكفل له حقه فى عيش كريم .

وتعالج المادة التاسعة العشرة حق الانسان فى أن يعيش آمنا فى مسكن له حرمته ، والمادة هنا قد فصلت مما يجمع اطرافه حق الإنسان فى مسكنه طبقا لما تقرره النظرية الإسلامية .

وتكرر المادة العشرون المبدأ الجنائى الذى يجعل المسئولية شخصية وأن لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص وأن المتهم برىء حتى تثبت ادانته . وهذه المادة والمادة التى تليها تجمع فى ايجاز أهم ضمانات الانسان ضد العسف الجنائى .

وتواصل المادة الحادية والعشرون مقدار ضمانات الأمن فتمنع القبض أو تقييد الحرية بدون موجب شرعى وتحرم التعذيب أو اخضاع الفرد لتجارب طبية أو علمية إلا برضائه وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للخطر .

وتضيف المادة الثانية والعشرون أنه لايجوز أخذ الرهائن للابتزاز . وتزكى المادة الثالثة والعشرون حرية الرأى والتعبير والحق فى الدعوة إلى الخير وعدم جواز استغلال الاعلام أو اثارة الكراهية القومية أو العنصرية .

وتتصل المادة الرابعة والعشرون بمساواة الناس أمام الشرع وكفالة حق اللجوء للقضاء .

وتذهب المادة الخامسة والعشرون إلى أن حرية المجتمع واجب لضمان الحقوق الاساسية وأن لكل انسان حق الاشتراك فى ادارة الشئون العامة لبلاده .

وتجتمع المادتان السادسة والعشرون والسابعة والعشرون حول تقييد كافة الحقوق والحريات التى تقررها الوثيقة بأحكام الشريعة الإسلامية وأن الشريعة الإسلامية هى المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أى مادة من مواد الوثيقة .

وتوجه المادة الثامنة والعشرون الدول الاعضاء إلى اتخاذ الاجراءات اللازمة لتطبيق أحكام الوثيقة وقد اسمتها « الاعلان » جريا على سنة الامم المتحدة عندما اسمت وثيقة حقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ بالاعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى اتخذت منه الوثيقة هاديا فى كثير من أحكامها . ونظرا لان هذه الوثيقة لم تكن محل رضاء الدول أعضاء المؤتمر الإسلامى فإنى قد خففت كثيرا من الانتقادات المتعددة التى يمكن أن توجه اليها . وظاهر الوثيقة أنها تقرر الحقوق للانسان بوصفه انسانا بغض النظر عن ديانته لانها تنص دائما على أن « لكل انسان » . فان صح هذا الفهم وكان مقصد الوثيقة أن تقنن حقوق الإنسان — بوصفه انسانا — فى النظرية الإسلامية فإن ذلك يعنى أنها قد سوت فى الحقوق مساواة كاملة بين المسلمين وغير المسلمين . وهى بهذه المساواة قد غبنت أهل الكتاب — أى الاقلية — بعدم الإشارة إلى حقهم الخاص فى أن تكون لهم نظمهم القانونية لاسيما فى الاحوال الشخصية وأن تتوفر لهم الدراسة بلغتهم الخاصة إن كانت لهم لغة وضمان عدم ممارسة الاكراه عليهم فى قيامهم بشعائرهم ، وهكذا . ثم إن الوثيقة تكاد تقتصر على الحقوق

المدنية والسياسية وبعض الحقوق الاجتماعية ولكنها تبدو هزيلة فى شأن الحقوق الاقتصادية .

والواقع أن هناك مآخذ أو تعليقات اخرى يمكن أن يضيفها أى دارس للوثيقة ولكنى قنعت بما قدمت مادام أن الوثيقة قد اعيدت لمزيد من الدراسة وحرصا على عدم الاطالة فى غير موضعها .

بيد أننى ارحب بفكرة اصدار اعلان اسلامى عالمى بحقوق الانسان ، ولعل الله يوفق من يكلف بإعادة الصياغة إلى أن يؤكد الصبغة الإسلامية الحقه فيها بما لها من أصالة وشمول . والله من وراء القصد .

وقد رأيت استكمالا للفائدة أن أرفق نصوص مشروع الوثيقة مع هذه الدراسة .

وثيقة حقوق الإنسان فى الإسلام

إن الدول الاعضاء فى منظمة المؤتمر الإسلامى ، ايمانا منها بالله رب العالمين خالق كل شيء ، وواهب كل النعم ، الذى خلق الإنسان فى أحسن تقويم وكرمه وجعله فى الأرض خليفة ، ووكل اليه عمارتها واصلاحها وحمله أمانة التكاليف الالهية وسخر له مافى السموات ومافى الارض جميعا .

وتصديقا برسالة محمد ـ ﷺ ـ الذى ارسله الله بالهدى ودين الحق ، رحمة للعالمين ومحررا للمستعبدين ومحطما للطواغيت والمتألهين والذى اعلن المساواة بين البشر كافة ، فجعل لافضل لاحد على احد الا بالتقوى ، والغى الفوارق والكراهية بين الناس ، الذين خلقهم الله من نفس واحدة .

وانطلاقا من عقيدة التوحيد الخالص ، التى قام عليها بناء الإسلام والتى دعت البشرية كافة ألا يعبدوا إلا الله ، ولايشركوا به شيئا ولايتخذ بعضهم بعضا أربابا من دون الله والتى وضعت الاساس الحقيقى لحرية البشر وكرامتهم واعلنت تحرير الإنسان من العبودية للإنسان .

وتحقيقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية الخالدة ، من المحافظة على الدين والنفس والعقل والعرض والمال والنسل ، ومالمتازت به من الشمول والوسيطة فى كل مواقفها واحكامها فمزجت بين الروح والمادة وأخذت بين العقل والقلب وقرنت بين المثالية والواقعية ووزانت بين الحقوق والواجبات ، ووفقت بين حرمة الفرد ومصلحة الجماعة واقامت الموازين القسط بين الاطراف المتقابلة فلا طغيان ولا اخسار .

وتأكيدا للدور الحضارى والتاريخى للامة الإسلامية التى جعلها الله امة وسطا اورثت البشرية حضارة عالمية متوازنة، وصلت الارض بالسماء وربطت الدنيا بالاخرة وجمعت بين العلم والإيمان ، ومايرجى أن تقوم به هذه الامة

اليوم لهداية البشرية الحائرة بين التيارات والمذاهب المتنافسة وتقديم الحلول لمشكلات الحضارة المادية المزمنة .

ومساهمة فى الجهود البشرية المتعلقة بحقوق الإنسان التى تهدف إلى حمايته من الاستغلال والاضطهاد وتهدف إلى تأكيد حريته وحقوقه فى الحياة الكريمة التى تتفق مع الشريعة الإسلامية .

وثقة منها بأن البشرية التى بلغت فى مدارج العلم المادى شأوا بعيدا لاتزال فى حاجة ماسة إلى سند ايمانى لحضارتها وإلى وازع ذاتى يحرس حقوقها .

وايمانا بان الحقوق الاساسية والحريات العامة فى الإسلام جزء من دين المسلمين لايملك أحد تعطيلها كليا أو جزئيا ، أو خرقها أو تجاهلها فى احكام إلهية تكليفية . أنزل الله بها كتبه ، وبعث بها خاتم رسله وتمم بها ماجاءت به الرسالات السماوية واصبحت رعايتها عبادة ، واهمالها أو العدوان عليها منكرا فى الدين وكل انسان مسئول عنها بمفرده ، والامة مسئوله عنها بالتضامن ، أن الدول الاعضاء فى منظمة المؤتمر الإسلامى تأسيسا على ذلك تعلن مايلى :

المادة الاولى :

أ) البشر جميعا اسرة واحدة جمعت بينهم العبودية لله والبنوة لادم وجميع الناس متساوون فى أصل الكرامة الإنسانية وفى أصل التكليف والمسئولية دون تمييز بينهم بسبب العرق أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو الجنس أو المعتقد الدينى أو الانتماء السياسى أو الوضع الاجتماعى أو غير ذلك من الاعتبارات .

ب) أن الخلق كلهم عباد الله وأن أحبهم اليه انفعهم لعياله وأنه لافضل لاحد منهم على الاخر إلا بالتقوى .

المادة الثانية :

أ) الحياة حق مكفول لكل انسان ، وعلى الافراد والمجتمعات والدول حماية هذا الحق من كل اعتداء عليه ، ولايجوز ازهاق روح دون مقتضى شرعى .

ب) يحرم اللجوء إلى وسائل تقضى إلى افناء النوع البشرى كليا أو جزئيا .

ج) المحافظة على استمرار الحياة البشرية إلى ماشاء الله واجب شرعى .

المادة الثالثة :

أ) فى حالة الحرب أو المنازعات المسلحة لايجوز قتل من لا مشاركة لهم فى القتال كالشيخ والمرأة والطفل ، وللجريح الحق فى أن يداوى وللأسير أن يطعم ويؤوى ويكسى ، ويحرم التمثيل بالقتلى ، ويجوز — من حيث المبدأ — تبادل الاسرى وتلاقى واجتماع الاسر التى فرقتها ظروف القتال .

ب) لايقطع الشجر ولايتلف الزرع والضرع ولاتخرب المبانى والمنشآت للعدو بقصف أو نسف أو غير ذلك إلا لضرورة شرعية مقتضية .

المادة الرابعة :

لكل انسان حرمته بعد موته والحفاظ على سمعته وعلى الدولة والمجتمع حماية جثمانه ومدفنه .

المادة الخامسة :

الاسرة هى الاساس فى بناء المجتمع ، والزواج اساس تكوينها :

أ) للرجال والنساء الحق فى الزواج ولاتحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها العرق أو اللون أو الجنسية .

ب) على المجتمع والدولة ازالة العوائق أمام الزواج وتيسير سبله وحماية الاسرة ورعايتها .

المادة السادسة :

أ) المرأة مساوية للرجل فى الكرامة الإنسانية ، ولها من الحقوق مثل ماعليها من الواجبات ، ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها .

ب) على الرجل عبء الانفاق على الاسرة ومسئولية رعايتها وفقا لما تعنيه كلمة القوامة للرجال فى الشريعة الإسلامية .

المادة السابعة :

أ) لكل طفل منذ ولادته حق على الابوين والمجتمع والدولة فى الحضانة والتربية والرعاية المادية والادبية كما تجب حماية الامومة واعطاؤها عناية خاصة .

ب) للاباء الحق فى اختيار نوع التربية التى يريدون لاولادهم مع وجوب مراعاة مصلحتهم ومستقبلهم فى ضوء القيم الاخلاقية والاحكام الشرعية .

ج) للاباء على الابناء حق الابوة وللاقارب حق على ذويهم وفقا لاحكام الشريعة .

المادة الثامنة :

لكل انسان الحق فى التمتع بجنسية ولايجوز حرمانه من جنسيته بشكل تعسفى .

المادة التاسعة :

لكل انسان التمتع بشخصيته الشرعية من حيث الالزام والالتزام وإذا فقدت أهليته أو انتقصت قام وليه مقامه .

المادة العاشرة :

أ) طلب العلم فريضة والتعليم واجب على الدولة وعليها تأمين سبله ووسائله وضمان تنوعه بما يحقق مصلحة المجتمع ويتيح للإنسان معرفة دين الإسلام وحقائق الكون وتسخيرها لخير البشرية .

ب) من حق كل انسان على مؤسسات التربية والتوجيه المختلفة من الاسرة والمدرسة والجامعة وأجهزة الاعلام أن تعمل على تربية الإنسان دينيا ودنيويا تربية متكاملة ومتوازنه بحيث تنمى شخصيته وتعزز ايمانه بالله واحترامه للحقوق والواجبات وحمايتها .

المادة الحادية عشرة :

لما كان على الإنسان أن يتبع الإسلام دين الفطرة فانه لايجوز ممارسة أى لون من الاكراه عليه ليترك دينه إلى دين آخر أو إلى الالحاد كما لايجوز استغلال فقره أو ضعفه أو جهله لتغيير دينه .

المادة الثانية عشرة :

أ) يولد الإنسان حرا وليس لاحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يستغله ولا عبودية لغير الله تعالى .

ب) الاستعمار بشتى أنواعه محرم تحريما قاطعا وهو من أسو أنواع الاستعباد وللشعوب التى تعانيه الحق الكامل فى التحرر منه وتقرير المصير ، وعلى جميع الدول والشعوب واجب النصرة لهم فى كفاحهم لتصفية كل أشكال الاستعمار أو الاحتلال ، ولجميع الشعوب الحق فى السيطرة على ثرواتها ومواردها الطبيعية .

المادة الثالثة عشرة :

لكل انسان الحق فى اطار الشريعة فى حرية التنقل ، واختيار محل اقامته داخل بلاده أو خارجها وله إذا اضطهد حق اللجوء إلى بلد آخر وعلى البلد الذى لجأ اليه أن يجيره حتى يبلغه مأمنه مالم يكن موجب اللجوء اقتراف فعل يعتبر مخالفا للمقتضيات الشرعية .

المادة الرابعة عشرة :

العمل حق تكفله الدولة والمجتمع لكل قادر عليه ، وللانسان حرية اختيار العمل اللائق به مما تتحقق به مصلحته ومصلحة المجتمع ، وللعامل حقه فى كافة الضمانات المتعلقة بالامن والسلامة ، ولايجوز تكليفه بما لاطاقة له به أو استغلاله أو الاضرار به ، وله أن يتقاضى أجرا عادلا مقابل عمله دون تأخير وله الاجازات والعلاوات والترقيات التى يستحقها ، وهو مطالب بالاخلاص والاتقان ، وإذا اختلف العمال واصحاب العمل فمن حقهم على الدولة أن تتدخل لرفع الظلم واقرار الحق والالزام بالعدل دون تحيز .

المادة الخامسة عشرة :

للانسان الحق فى التجارة المشروعة ، دون احتكار أو غش أو اضرار بالغير .

المادة السادسة عشرة :

أ) لكل انسان الحق فى التملك بالطرق الشرعية سواء وحده أو بالاشتراك مع غيره ، كما أن له التمتع بحقوق الملكية بما لايضر به أو بغيره من الافراد أو المجتمع ، ولايجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض فورى عادل .

ب) تحرم مصادرة الاموال فى كل الاحوال إلا بمقتضى شرعى .

المادة السابعة عشرة :

لكل انسان الحق فى الانتفاع بثمرات انتاجه العلمى أو الادبى أو الفنى أو التقنى ، ولكل من ساهم فى ذلك الانتاج الحق فى حماية مصالحه الادبية والمالية الناشئة عنه على أن يكون هذا الانتاج غير مناف لاحكام الشريعة .

المادة الثامنة عشرة :

أ) لكل انسان على مجتمعه ودولته حق الرعاية الصحية والاجتماعية ماتهيئة جميع المرافق العامة التى يحتاج اليها فى حدود الامكانات المتاحة .

ب) تكفل الدولة لكل انسان حقه فى عيش كريم يحقق له تمام كفايته وكفاية من يعوله ويشمل ذلك المأكل والملبس والمسكن والتعليم والعلاج وسائر الحاجات الاساسية .

المادة التاسعة عشرة :

أ) لكل انسان الحق فى أن يعيش آمنا على نفسه وأهله وعرضه وماله .

ب) وللانسان الحق فى الاستقلال بشئون حياته الخاصة فى مسكنه واسرته وماله . واتصالاته ، ولايجوز التجسس عليه أو الرقابة أو الاساءة إلى

سمعته ويجب على الدولة حمايته من كل تدخل تعسفى وذلك كله ضمن أحكام الشريعة الإسلامية .

ج) للمسكن حرمته فى كل حال ولايجوز هدمه أو مصادرته أو تشريد أهله منه . ولايجوز دخوله بغير إذن أهله أو بصورة غير مشروعة .

المادة العشرون :

أ) المسئولية فى اساسها شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

ب) المتهم برىء حتى تثبت ادانته بمحاكمة عادلة تؤمن له فيها كل الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه ، ويفسر الشك لصالحه .

المادة الحادية والعشرون :

لايجوز بغير موجب شرعى ، القبض على انسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه ، ولايجوز تعريضه للتعذيب البدنى أو النفسى أو لاى نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الانسانية . كما لايجوز اخضاع أى فرد للتجارب الطبية أو العلمية إلا برضاء وبشرط عدم تعرض صحته وحياته للتضرر ، كما لايجوز سن القوانين الاستثنائية التى تخول ذلك للسلطات التنفيذية .

المادة الثانية والعشرون :

لايجوز أخذ الرهائن للابتزاز للضغط على انسان لتسليم نفسه .

المادة الثالثة والعشرون :

أ) لكل انسان الحق فى حرية الرأى والتعبير بكل وسيلة وفى حدود المبادىء الشرعية .

ب) لكل انسان الحق فى الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وله أن يشترك مع غيره من الأفراد أو الجماعات فى ممارسة هذا الحق ، وذلك كله وفقا للشريعة الاسلامية ، وعلى الدولة والمجتمع تقديم العون والحماية اللازمين .

ج) الاعلام ضرورة حيوية للمجتمع ، ويحرم استغلاله وسوء استعماله وكل مامن شأنه الاخلال بالقيم أو أى شيء يعود على المجتمع بالتفكك أو الانحلال أو الضرر أو زعزعة الاعتقاد .

د) لاتجوز اثارة الكراهية القومية أو العنصرية أو كل مامن شأنه أن يؤدى إلى التحريض على التمييز العنصرى بكافة اشكاله .

المادة الرابعة والعشرون :

أ) الناس سواسية أمام الشرع ، يستوى فى ذلك الحاكم والمحكوم .

ب) حق اللجوء إلى القضاء مكفول للجميع .

المادة الخامسة والعشرون :

أ) حرية المجتمع واجب لضمان الحقوق الاساسية للانسان والولاية امانة يحرم الاستبداد فيها وسوء استغلالها تحريما قاطعا .

ب) لكل انسان حق الاشتراك فى ادارة الشؤون العامة لبلاده بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما أن له الحق فى تقلد الوظائف العامة وفقا للاحكام المرعية .

المادة السادسة والعشرون :

كل الحقوق والحريات المقررة فى هذه الوثيقة مقيدة باحكام الشريعة الإسلامية .

المادة السابعة والعشرون :

الشريعة الإسلامية هى المرجع الوحيد لتفسير أو توضيح أى مادة من مواد هذه الوثيقة .

المادة الثامنة والعشرون :

تعمل الدول الاعضاء فى منظمة المؤتمر الاسلامى على اتخاذ جميع الاجراءات اللازمة لتطبيق احكام هذا الاعلان .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الفصل الثانى
فى
الاجتهاد السلطانى (المعاهدات)

المعاهدات ــ لغة وفقها :

يقولون فى اللغة إن المعاهدة والاعتهاد والتعاهد والتعهد واحد وهو احداث العهد بما عهدته .

وكما أن اللغة العربية تتضمن فى العهد عدة مصطلحات بعضها يجرى استعماله والبعض الآخر أقل استعمالا فان لغة القانون الدولى المعاصر تتضمن ــ إلى جانب « معاهدة » ــ عدة مصطلحات اخرى كمرادف للتعبير مثل الوفاق والعهد والميثاق . ويحاول البعض أن يعطى لكل لفظ من هذه الالفاظ معنى يخالف اللفظ الآخر ولكنها محاولات غير دقيقة . قد يكون هناك بعض المنطق فى القول بأن العمل الدولى يتجه إلى استعمال مسميات معينة للتدليل على اهمية الوثيقة ولكن التعبيرين اللذين يستحقان بعض البيان هما : (١) تعبير « لحق ــ بروتوكول » ويستخدم احيانا ليعنى وثيقة مكملة للمعاهدة . كما قد يستخدم للاشارة إلى وثيقة وجيزة تسجل مفاوضات اجريت بشأن المعاهدة مثل « لحق » ــ بروتوكول ــ الاسكندرية سنة ١٩٤٤ الذى كان مقدمة لاتفاقية جامعة الدول العربية سنة ١٩٤٥ .
(٢) الوفاق البابوى concordat وهو اتفاق يبرم بين البابا بوصفه رئيسا للكنيسة الكاثوليكية وبين دولة أخرى بقصد حماية مصلحة الكنيسة فى الدولة المعنية ، ويذهب البعض إلى أن هذه الوفاقات البابوية ليس لها طبيعة المعاهدات الدولية .

كذلك من التعبيرات التى ترد فى لغة السياسة تعبير Gentlemen agreament الذى شاع فى الفقه العربى تسميته « باتفاق الجنتلمن » فى حين أن العرب

عرفوا مثيله باسم « اتفاق الشرفاء » وهو اتفاق يتم بين القائمين بالشئون الخارجية لدولتين أو اكثر لاثبات منهج تنهجه دولهم فى امر دولى معين دون اى ارتباط قانونى .

والمعاهدة فى الفقه المعاصر كما عرفتها اتفاقية فينا للمعاهدات هى اتفاق دولى يبرم بين دول فى صياغة مكتوبة ويحكمه القانون الدولى سواء احتوته وثيقة واحدة أم اكثر وأيا كان مسماه .

ولكن لفظ معاهدة ليس هو الجارى فى استعمال الفقهاء المسلمين ، ولعل مرجع ذلك أن القرآن الكريم لم يذكره . وإنما جرت لغة النظرية الإسلامية بالفاظ « عهد » و « ميثاق » و « موثق » . كما استخدمت فى هذا المعنى احيانا ــ وفى نطاق محدود ــ لفظة « أمان » . ولما كنت أعتبر أن الأمان ــ حسبما يشرحه الفقه التقليدى ــ ليس بمعاهدة للاسباب التى أذكرها فيما بعد . فانى اتناول اللفظين الجاريين ــ العهد والميثاق ــ ببعض التوضيح ، وأبدأ بلفظة « العهد » وأضيف فى ذلك إلى ماسبق أن « الزجاج قال ماأدرى ماالعهد وقال غيره العهد كل ماعوهد الله عليه وكل مابين العباد من مواثيق .... ويقال عهد إلى فى كذا أى أوصانى . وقوله عز وجل ألم أعهد اليكم يابنى آدم يعنى الوصية والامر .... والعهد الذى يكتب للولاة وهو مشتق منه والجمع عهود ... والعهد الموثق واليمين يحلف بها الرجل ... وتقول على عهد الله لإفعلن كذا ومنه قوله تعالى وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم وقيل ولى العهد لانه ولي الميثاق الذى يؤخذ على من بايع الخليفة والعهد ايضا الوفاء وفى التنزيل وماوجدنا لاكثرهم من عهد اى من وفاء قال ابو الهيثم العهد جمع العهدة وهو الميثاق واليمين التى تستوثق بها ممن يعاهدك وإنما سمى اليهود أهل العهد للذمة التى اعطوها .. » (لسان العرب ج ٤ ، ص ٣٠٥ ــ ٣٠٨) .

أما المعنى اللغوى للميثاق فهو من المواثقة والمعاهدة « ومنه الموثق تقول واثقته بالله لافعلن كذا وكذا ويقال استوثقت من فلان وتوثقت من الأمر إذا أخذت فيه بالوثاقة ... والموثق من الوثاق من الشحير الذى يعول الناس عليه

إذا انقطع الكلأ والشجر .... وفى الميثاق الثقة والوثاقة مصدر الشيء الوثيق المحكم والفعل اللازم .. والموثق والميثاق العهد صارت الواوياء لانكسار ماقبلها والجمع المواثيق ... والميثاق العهد مفعال من الوثاق وهو فى الاصل حبل أو قيد يشد به الأسير والدابة ... » (لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ٢٥٠ ـــ ٢٥١) .

وحرى بالذكر أن العمل الدولى المعاصر قد كرم التعبيرين اللذين برزا فى الفقه الإسلامى ـــ العهد والميثاق ـــ فاستخدمهما كمسمى لاخطر معاهدتين فى تاريخ التنظيم الدولى فاطلق على المعاهدة التى أنشأت عصبة الأم مسمى « عهد العصبة » كما اطلق على المعاهدة التى انشأت الامم المتحدة مسمى « ميثاق الامم المتحدة » . ولكن أهذه مصادفة أم أن وراءها امرا وحكمة . ذلك ماأناقشه فى موضع آخر من هذا البحث .

معاهدات العرب فى جاهليتهم :

عرف العرب فى جاهليتهم المعاهدات تحت مسمى « الأحلاف » وقد قامت « الأحلاف فى شكل اتحادات واتفاقات بين قبائل وأفخاذ منتمية إلى قبائل مختلفة تشكل بموجبها هذه الاتحادات كتلة تغدو وكأنها وحدة قائمة بذاتها . ولو استقرأنا تاريخ العرب قبل مجيء الإسلام لرأينا شواهد حية على دوام الأحلاف سنين طويلة إلى درجة أن يصبح المتحالفون بعد ابرامها وكأنهم قوم واحد فيحملون اسما مشتركا ، أو كأنهم ينحدرون من اصل واحد » محمود عبد المولى ـــ أنظمة المجتمع والدولة فى الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع ، ١٩٧٣ ، ص ٢٨ ـــ ٢٩) . أى أن الأحلاف كانت تحقق أحد هدفين كبيرين : اتحادا قبليا أو تنظيما اتفاقيا . فان كان اتحادا عين رئيس أعلى له يسمى رئيس الأحاليف . وهو أقرب مايكون إلى مانسميه اليوم بالسلطة المركزية .

ويرى بعض اللغويين أن هناك رابطة معنوية بين مراسم التحالف واستعمال كلمة « حلف » أى قسم اليمين باسم الشرف أو اللات والعزى . ذلك أن هناك مراسم ذات صفة دينية يجربها المتحالفون .

أما احلاف التنظيم الاتفاقى فكانت على نوعين :

(١) المساندة وهى تماثل الاحلاف العسكرية المعاصرة حيث يتفق المتعاهدون على أن يوحدوا عملياتهم العسكرية ضد عدو مشترك ويتقاسمون الغنيمة . وقد جرى العرف الغالب على أن تكون قياداتهم غير موحدة أثناء القيام بتلك العمليات العسكرية .

(٢) الموادعة ، وهى وفاق سلام يتعهد أطرافه بالكف عن اى عمل من أعمال العدوان أو الاستثارة ضد بعضهم البعض . أو تنظيم علاقات ودية تتناول نواحى الحياة العملية المختلفة شأن الموادعات الاوروبية اليوم . ويستعمل العرب لوصف تلك العلاقات الشاملة للاقتصاد والاجتماع لفظة تجمع كل هذه المعانى فيقولون « إن بنى فلان نزول فى بنى فلان » .

ويمكن أن نضيف أيضا حلف المباهلة ، أى معاهدات الصداقة .

ومن اشهر الاحلاف التى عرفها العرب فى جاهليتهم حلف الفضول من بنى هاشم وبنى عبد المطلب وزهرة وتيم وهو حلف تعاهدت فيه هذه القبائل على أن تنصر بعضها بعضا . ويروى ابن هاشم أن سبب قيام الحلف هو تكرار عدوان بعض القرشيين على زوار مكة فاجتمعت قبائل الحلف فى بيت عبد الله بن جدعان وعقدوا حلفهم لنصرة المظلوم حتى يستتب الامن والطمأنينة فى مكة وينتظم البيع والشراء ، وأعود إلى هذا الحلف مرة أخرى فيما بعد .

معاهدات العرب فى اسلامهم :

أرى من المناسب هنا أن اورد كلمة عن أنواع المعاهدات فى النظرية الإسلامية ، فهذا يعين على مزيد من فهم أحكام النظرية .. وأرى بادىء ذى بدء أن الفت النظر إلى أن تنويع المعاهدات لايعنى أنها تختلف من جهة الشروط العامة الاساسية أو من حيث الاثر القانونى . ولكنها توضح من الناحية التطبيقية

كيفية الحكم على السلامة الشرعية لكل نوع على حدة . ثم إن الكلام هنا لايدعى أنه يقدم عرضا على وجه الحصر لانواع المعاهدات التى عرفتها الدولة الإسلامية وإنما يقصد أن يقدم نماذج لاهم أنواع تلك المعاهدات لاسيما فى صدر الإسلام . ويمكن أن اجمل تلك الانواع فى الفئات التالية :

(أ) معاهدات الصداقة ، وهى المعاهدات التى تبرم بين دولة اسلامية ودولة اسلامية اخرى وكذا المعاهدات التى تبرم مع مايطلق عليه الفقه الشافعى دار العهد أو دار الصلح . ويمكن أن اضيف إلى ذلك معاهدات الامان إذا كان طرفاها هم الدولة الاسلامية ودولة اجنبية .

وإذا كان الشافعى قد أقام فكرة دار الصلح على مفهوم دفع الجزية فإننا نستطيع اليوم أن نقر الفكرة دون أن نربطها حتما بدفع الجزية وإنما ننسبها إلى علاقات الود وتصورات الحياد لأن هذا هو مايقضى به الاستحسان فى الظروف الدولية المعاصرة ، وهذا أيضا هو ماأجازه نفر من الفقهاء المسلمين على أساس أن الأصل فى علاقات الدول الاسلامية بغيرها هو السلام لا الحرب (قارن أبا عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ــ الأم ، ج ٤ ، طبعة كتاب الشعب ، ص ١٠٣ ــ ١٠٤) .

ومعاهدات الصلح قريبة جدا من معاهدات Foedus عند الرومان التى كانت تبرم مع العدو الذى لم تتمكن روما من هزيمته هزيمة كاملة ولم تستطع أن تفرض عليه التسليم .

ومعاهدات الامان هى المعاهدات التى تسمح للاجانب بدخول دار السلام (الدولة الإسلامية) إذا لم يكن مأذونا لهم بذلك بناء على معاهدة صلح أو حسن جوار . وغالبا مايكون هؤلاء الاجانب ممن تسميهم النظرية الإسلامية التقليدية بالحربيين الذين يصبحون بهذا الامان مستأمنين . وهؤلاء يجب عليهم أن يحترموا أمن الدولة الإسلامية وسلامة اراضيها فان هم نقضوا ذلك كأن اشتغلوا بالجاسوسية أو نقلوا عتادا حربيا أو اسلحة من أو إلى دار السلام واتجروا فيما يحرم التعامل فيه فى دار السلام أو انتهكوا أحكام قوانينها خرجوا

بذلك عن مقتضى الامان الممنوح لهم . وقد يصدر الامان بارادة الدولة الاسلامية الفردية ، عندئذ يمكن أن نطلق عليها مسمى « السجل » ومثال ذلك العهد المنسوب لعمر . ولكن هذه لاتعتبر معاهدة فى المفهوم الذى نستلهمه فى هذه الدراسة والامان قريب من نظام سبقه عند الاغريق باسم Meteoc وعند الرومان باسم Hospitium privatum للسماح للاجنبى بالاقامة المطمئنة فى الاقليم الاغريقى أو فى روما .

(ب) معاهدات حسن الجوار ، والاصل فى هذه المعاهدات عهد المدينة الذى آخى فيه الرسول بين المهاجرين والانصار وعاهد اليهود وأقرهم على دينهم وأموالهم واشترط عليهم وشرط لهم « وأن من تبعنا من يهود فان له النصرة والاسوة غير مظلومين ولا متناصرين ... لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ... وأن على اليهود نفقتهم وعلى المسلمين نفقتهم .. وأنه لاتجار قريش ولا من نصرها وأن بينهم النصر على من دهم يثرب » .

ومن معاهدات حسن الجوار معاهدة الرسول مع نصارى نجران وفيها التزامات على نصارى نجران للرسول كما يضمن الرسول « لنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبى رسول الله على أموالهم وأنفسهم وملتهم وغائبهم وشاهدهم وعشيرتهم وبيعهم وكل ماتحت ايديهم من قليل أو كثير لايغير أسقف من اسقفيته ولا راهب من رهبانيته ولا كاهن من كهانته وليس عليهم دية ولا دم جاهلية ولا يحشرون ولا يعشرون ولايطأ أرضهم جيش .. »
كذلك جاء فى المعاهدة التى ابرمت بين عبد الله بن أبى سرح وعظيم النوبة مانصه « انكم معشر النوبة آمنون بأمان الله ورسوله محمد النبى ﷺ أن لانحاربكم ولا ننصب لكم حربا ولا نغزوكم ماأقمتم على الشرائط التى بيننا وبينكم » .

وجدير بالذكر أن العباسيين أبرموا معاهدات مع الروم بقصد وقف انتهاك التخوم المشتركة التى كان يسهل انتهاكها بسبب عدم وجود عائق طبيعى . والحق أننا لانستطيع أن نوجد فرقا واضحا بين الفئتين السالفتين لان الأمان فى

أغلب الظن هو التصور الإسلامى لنظام الجوار الذى عرفه العرب فى جاهليتهم . كما أن الفقه التقليدى لم يقم فصلا واضحا بين الموادعة ـــ وهى وفاق سلام يتعهد عاقدوه بأن يكفوا عن أى عمل من أعمال العدوان او الاستثارة ضد بعضهم البعض ـــ وبين المهادنة التى يمثلون لها بصلح الحديبية الذى اتخذ منه فقهاء المسلمين مثلا يحتذى وأساسا لسن أحكام المعاهدات .

جـ ـــ المهادنة : وهادنه مهادنة صالحه والاسم منها الهدنة وفى الحديث أن النبى ﷺ ذكر الفتن فقال بعدها هدنة على دخن وجماعة على اقذاء . وأصل الهدنة السكون بعد النهج ويقال للصلح بعد القتال والموادعة بين المسلمين والكفار وربما جعلت للهدنة مدة معلومة فإذا انقضت المدة عادوا إلى القتال .

د ـــ الفداء ، وهى معاهدات عرفت فى العهد العباسى بقصد الافراج عن اسرى الحرب سواء كان ذلك الافراج عن اسرى المسلمين مقابل أسرى العدو أم لقاء مبلغ محدود يكون فداء . ويبدو أن الافراج عن اسرى الحرب فى العهد الاموى كان يتم على مستوى فردى ولم يكن له نظام مرتب كمعاهدات الفداء العباسية .

ويقول القلشقندى إن الهدنة رتبتها عند قوة السلطان متأخرة عن عقد الجزية لان فى الجزية مايدل على ضعف المعقود له وفى الهدنة مايدل على قوته . (صبح الاعشى . ج ١٤ . ص ١ ـــ ٤) .

وترادف المهادنة الفاظ أخرى :

احدها ـــ الموادعة ومعناها المصالحة ايضا اخذا من قولهم : عليك بالمودوع يريدون بالسكينة والوقار . وقد تكون راجعة إلى معنى السكون . وإما اخذا من توديع الثوب ونحوه وهو جعله فى صوان يصونه لانه بها تحصل الصيانة عن القتال . وإما اخذا من الدعة ، وهى الخفض والهناء لان بسببها تحصل الراحة من تعب الحرب وكلفه كما أسلفت .

الثانى ــ المسالمة ومعناها ظاهر لأن بوقوعها يسلم كل من أهل الجانبين من الاخر ، فهى عدم الاعتداء .

الثالث ــ المواضعة . سميت بذلك لأن الكاتب يضع ماوقع عليه الصلح من الجانبين . على أن الكتاب يخصون لفظ المواضعة بما إذا كانت المهادنة من الجانبين . ولاشك ان ذلك جار فى لفظ الموادعة والمسالمة والمباهلة ايضا لأن المفاعلة لاتكون إلا بين اثنين عدا فى الفاظ قليلة محفوظة على ماهو مقرر فى علم العربية .

أما لفظ الهدنه فانه يصدق أن يكون من جانب واحد . بأن يعقد الأعلى الهدنة لمن هو دونه على أنها عند التحقيق ترجع إلى معنى المفاعلة ، إذ لاتتصور إلا من اثنين .

وأما فى الشرع فعبارة عن صلح يقوم بين زعيمين فى زمن معلوم بشروط مخصوصة . والأصل فيها أن تكون بين ملكين مسلم وكافر . أو بين احدهما ونائب الاخر .

وعلى ذلك رتب الفقهاء باب الهدنة فى كتبهم . وقال صاحب « مواد البيان » « وقد يتعاقد عظماء أهل الاسلام على التوادع والتسالم واعتقاد المودة والتصافى والتوازر والتعاون والتعاضد والتناصر ويشترط الاضعف منهم للاقوى تسليم بعض مافى يده والتفادى عنه بمعاطفته والانقياد إلى اتباعه . والطاعة والاحترام فى المخاطبة . والمجاملة فى المعاملة . أو الامداد بجيش . أو امتثال الأوامر والنواهى وغيرها مما لايحصى » .

واستملح أن اورد هنا ــ كنموذج للايضاح ــ صيغة العهد الذى أبرم بين أبى موسى الاشعرى كحكم عن على بن أبى طالب وعمرو بن العاص كحكم عن معاوية فهى صورة للمعاهدة بين وحدتين سياسيتين مسلمتين فى ضحى الإسلام وهى صورة كانت نادرة عهدئذ . كتب فى العهد بعد البسملة : « هذا ماتقاضى عليه (وهى عبارة تتردد كثيرا فى المعاهدات

الإسلامية المبكرة) ، على بن ابى طالب ومعاوية بن أبى سفيان وشيعتهما فيما تراضيا من الحكم بكتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ . قضية على على أهل العراق ومن كان من شيعته من شاهد وغائب ، وقضية معاوية على أهل الشام ومن كان من شيعته من شاهد أو غائب . أنا رضينا أن نترك عند حكم كتاب الله بيننا حكما فيما اختلفنا فيه من فاتحته إلى خاتمته نحيى ماأحيا ونميت ماأمات على ذلك تقاضينا . وأن عليا وشيعته رضوا أن يبعثوا عبد الله بن قيس ناظرا ومحاكما ورضى معاوية وشيعته أن يبعثوا عمرو بن العاص ناظرا ومحاكما على أنهم اخذوا عليهما عهد الله وميثاقه واعظم مااخذ على احد من خلقه ليتخذان الكتاب اماما فيما بعثا له لايعدوان إلى غيره فى الحكم بما وجدا فيه مسطورا ومالم يجداه مسمى فى الكتاب رداه إلى سنة رسول الله الجامعة لا يتعمدان لها خلافا ولا يتبعان فى ذلك لهما هوى ولا يدخلان فى شبهة . وأخذ عبد الله بن قيس وعمرو بن العاص على على ومعاوية عهد الله وميثاقه بالرضا بما حكما من كتاب الله وسنة نبيه ليس لهما أن ينقضا ذلك تخالفا إلى غيره ، وانهما آمنان فى حكومتهما على دعائمهما وأموالهما واهليهما مالم يعدوا الحق رضى بذلك راض أم انكر وان الأمة انصار لهما على ماقضيا به من العدل ... » .

ويلاحظ على هذا العهد الذى يقابل مانسميه اليوم بمشارطة التحكيم أنه جعل مرجع الحكمين كتاب الله وسنة رسوله ولم يسمح لهما باجتهاد خاص .

هل الأمان معاهدة ؟

لقد اثار هذا السؤال فى نفسى مالاحظته من أن الكتابات التى تناولت دراسة المعاهدة فى الشريعة الإسلامية تفرد للأمان بحثا يكاد يغطى كل ماتقدمه تلك الكتابات من عرض تحت عنوان المعاهدة بحيث أننا إذا استبعدنا ماتذكره عن أحكام الامان لفرغت الدراسة من جل الاحكام فلا يبقى للباحث مايقرأه تحت العنوان . وكانت تلك مشكلتى إذ أنى اسقطت أحكام الامان من نظرية المعاهدة فى الشريعة الإسلامية فاذا بى أمام بحث بلا مراجع وعنوان بلا مصادر . والامان هو ضمان الامن الحربى ، وهو ضمان يخول الحماية اثناء

إقامته فى دار الإسلام ، إذ يصبح الحربى بهذا الامان مستأمنا . وشرط الامان عدم الضرر على المسلمين فيه والا تزيد مدته ـــ اى الامان ـــ على عشر سنين . على خلاف فى الرأى (منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ـــ شرح منتهى الارادات ج ٢ والمؤلف توفى بالقاهرة سنة ١٠٥١ هـ اما الكتاب فطبعة القاهرة ١٩٤٧ . ص ١٢٢ ، ١٢٣) والفقيه المؤلف حنبلى ولذلك اجاز امتداد الامان لعشر سنوات وأما المذاهب الاخرى فترى أن الامان لايصح أن يتجاوز عاما واحدا لان الحربى يصير بعد ذلك ذميا عليه أن يدفع الجزية . «ولاهل العهد إذا دخلوا دار السلام الامان على نفوسهم وأموالهم ولهم أن يقيموا فيها أربعة أشهر بغير جزية ، ولا يقيمون سنة إلا بجزية ، وفيما بين الزمنيين خلاف » (نقلا عن أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماردوى ـــ الاحكام السلطانية ـــ القاهرة ١٩٦٠ ، ص ١٤٦) . ويصح الامان منجزا كقولك أنت آمن ويصح معلقا لقوله ﷺ يوم فتح مكة « من دخل دار ابى سفيان فهو آمن » ويصح الامان من الامام ولجميع المشركين لعموم ولايته ، ويصح من امير لاهل بلدة جعل بازائهم لعموم ولايته فى قتالهم ويصح من كل احد لقافلة وحصن صغيرين عرفا ، واختار ابن البنا مائة فأقل . فان كان لاهل بلد أورستان (اى موضع فيه قرى او بيوت مجتمعة) أو جمع كبير لم يصبح من غير الامام أو نائبه بازائهم لانه يفضى إلى تعطيل الجهاد والافتئات عليه .

والرأى عندى ـــ الذى اخالف فيه كثيراً ممن تناولوا الأمان بالدراسة ـــ أن الامان ليس معاهدة بل وليس عقداً وإنما هو تصرف من تصرفات الارادة المنفردة ، ذلك أن الامان يتم بأية كلمة او اشارة تدل عليه . فهو يصح بالقول كسلام أو انت آمن او بعضك آمن وقوله لابأس عليك وأجرتك . ويصح الامان بالاشارة التي تدل عليه كامرارة يده عليه كلها أو بعضها او باشارة بسبابته إلى السماء مع امكان نطقه لقول عمر « لو أن أحدكم اشار باصبعه إلى السماء إلى مشرك فنزل اليه فقتله لقتلته » ويصح برسالة أو كتابة ..

ان الأمان عهد قد يكون خاصا يصدر عن افراد المسلمين ليؤمن الحربى على

حماية ماله لفترة معلومة ، ومن ثم فهو ليس بمعاهدة . ليس فقط لان مايصدر عن فرد هو المؤمن لصالح فرد هو المستأمن هو تصرف غير دولي ، وهو كذلك لانه تصرف من جانب واحد unilateras هو مانح الامان ، في حين أن المعاهدة تصرف ثنائي bilateral . ولذلك نفيت عن الامان مسمى المعاهدة حتى ولو كان الامام أو نائبه هو مانح الأمان مادام أن المستفيد شخص ولذا فإني قد اعفيت البحث هنا من تفصيل في أحكام الأمان . حقيقي أن البعض يذهب إلى أن الامان عقد ولكن الصحيح في نظري أن طلب الحربي للامان لايعتبر ايجابا في عقد وإنما هو استدعاء لصاحب الحق الذي له ان يمنحه أو يرفضه ، ذلك أن عرض الحربي لايتجه إلى احداث الاثار القانونية المترتبة على الامان لان ارادته لاتملك احداث هذه الاثار ، ولعل الذين وصفوا الامان بأنه عقد متأثرون بهواية القدامى في تكييف كافة علاقات القانون العام على انها عقود . إن مايتميز به الامان — إذا كان المؤمن فردا — ليس هو الصبغة الدولية للتصرف وإنما هو انه تصرف من تصرفات القانون العام . فكأن الفرد المسلم يملك احيانا ممارسة بعض السلطات العامة بتفويض من الاحكام الشرعية مباشرة وليس لانه يتولى سلطة عامة ، والامان صورة تضرب للتدليل على هذه الفكرة . وبد هي كذلك — وللاسباب ذاتها — أن انتهى إلى ان الامان ليس عقدا وأقصد بالعقد هنا العقد بمعناه الخاص لان للعقد عند الفقهاء معنى اعم إذ يطلق على الالتزام مطلقا سواء كان من طرفين أم من طرف واحد . (انظر محمد مصطفى شلبي — المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، القاهرة ١٩٦٢ ص ٣٦٧) .

وتفصيل تلك الملاحظة يدخل في دراسات القانون العام ولذا فاني اجتزىء فيها بالتلميح دون التوضيح ولي عودة إلى الامان عند الكلام عن حقوق الفرد في النظرية الإسلامية . أما إذا اتخذ الامان صورة وفاق بين دولتين — دولة الإسلام ودولة العهد فإنه يصبح بذلك معاهدة ، بيد أنه لايتميز في هذه الحالة عن أية معاهدة أخرى ويخضع للأحكام العامة التي تقررها النظرية الإسلامية في المعاهدات .

انني اخلص مما قدمت إلى أن العهد أو المعاهدة فى النظرية الإسلامية يتميز عن العقد من حيث اطرافها فهم اشخاص القانون الدولى ومن حيث موضوعها فهى علاقة من العلاقات الدولية ذات الاثر الجوهرى على الجماعة الدولية .

تعليق :

إن ماقدمته من صور للمعاهدات الإسلامية لم أقصد من ورائه أن أقدم تصنيفا يذكر تلك الصور على سبيل الحصر إذ ليس هناك من مانع أن تقسم المعاهدات فى الإسلام على اساس آخر فنقول إن المعاهدات قد تكون تجارية لتنظيم المبادلات التجارية الخارجية وقد تكون سياسية لأنها تعالج شئونا سياسية، وهكذا . ذلك أنه لامانع شرعا من عقد معاهدات لأى غرض من أغراض التعاهد الدولى بغية اقرار العلاقات السلمية وتثبيت دعائم السلام بين الدولة وتبادل المنافع درءاً لاحتمالات العدوان .

والنظرية الإسلامية لابد أنها تتقبل كافة صور المعاهدات مادام أنها لاتحل حراما ولا تحرم حلالا .

طبيعة المعاهدات :

من الفقهاء الدوليين من يكيف المعاهدة على أنها عقد كأى عقد ومنهم من ينكر ذلك ويرى فيها صورة من صور التشريع الدولى ومنهم من ينهج نهجا وسطا فيرى أن من المعاهدات ماهو عقد ومنها ماهو تشريع . فما هى طبيعة المعاهدة اذن فى النظرية الإسلامية ، أهى عقد أم تشريع أم هى بين هذا وذاك ؟

يبدو لى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد استهوتهم فكرة العقد فاعتبروا كافة العلاقات العامة التى تربط الحاكم والمحكوم عقودا . فالبيعة ـــ على رأى ـــ عقد وأحكام الذميين عقد، وهكذا . وتبعا فان فكرة العقد تلعب فى النظرية الإسلامية دورا أهم من الدور الذى تلعبه فى الدراسات القانونية المعاصرة . ولذا فاننى عندما اطرح تساؤلى عما إذا كانت المعاهدات جميعها تعتبر تشريعا

أم انها أو بعضها عقد فانما اطرح هذا التساؤل بمفهوم الفقه الزمنى المعاصر عن العقد وهو « ارتباط ايجاب وقبول على وجه مشروع يثبت اثره فى المعقود عليه وهذا الاثر هو خروج المعقود عليه عن حالته الاولى إلى حالة جديدة » (صبحى الصالح ــ النظم الاسلامية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ٢٣٨) .

لا جدل فى أن علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول قد تقتضى ابرام اتفاقيات دولية هى فى الحقيقة عقود وليست معاهدات ، فلو أن الدولة الإسلامية ابرمت مع دولة اخرى ــ اسلامية أو غير اسلامية ــ اتفاقا لشراء بعض المنتجات الزراعية مثلا فان هذا الاتفاق هو عقد دولى وليس معاهدة . ذلك أن الاتفاق لا يكون معاهدة الا إذا تتضمن احكاما نمطية تنظم علاقة قانونية ، وفى قول آخر فان المعاهدة صورة من صور التشريع ولكنها صورة دولية أو دليل من أدلة القانون الدولى . وتبرم الدولة هذه المعاهدة بما لها من ارادة شارعة فقد سبق أن قلت إن للدولة ارادة شارعة ثانوية تستطيع بمقتضاها أن تشرع فى الفروع أى حيث المجال المفتوح للاجتهاد . ولذا فان المعاهدة ــ من هذه الناحية ــ تعد اجتهادا ينطبق عليه حكم الاجتهاد ولكنه اجتهاد سلطانى إذ تعتمد على سطوة الحاكم فى اضفاء القوة الملزمة عليها وتستند إلى ارادة ولى الامر فى جعلها تشريعا تلتزم به الدولة . أما إذا ابرم اتفاق حول احكام فى الاصول ــ حيث لاتملك الدولة أن تجتهد ــ فان الصورة التشريعية للمعاهدة هنا تستمد من الارادة الالهية الشارعة ويكون دور الدولة فيها دور المقرر . ومن ثم فان الاتفاق هنا لايعتبر معاهدة بالمعنى الفنى للتعبير لان الالتزام بما جاء فيه من أحكام لا يستند إلى المعاهدة ولايستمد منها بل إننا فى غنى كلية عن المعاهدة لتقرير القوة الملزمة لتلك الأحكام ، وهكذا فان هذه الوثيقة تعتبر معاهدة من الناحية الشكلية فحسب .

ولذا فان الدور التشريعى الذى تقوم به المعاهدة فى النظرية الإسلامية يختلف عن الدور التشريعى الذى تقوم به المعاهدة فى القانون الدولى الحديث . ذلك ان الارادة الشارعة الاصلية فى النظرية الإسلامية هى لله تعالى أما الارادة

الشارعة التى تملكها الدولة فهى ارادة شارعة ثانوية لان ماتبرم من معاهدات هو اجتهاد لاستنباط أحكام الارادة الإلهية الشارعة وليست تعبيرا مباشرا عن تلك الارادة السماوية . ويمكن ترتيبا على هذا أن اقول إن المعاهدات فى النظرية الإسلامية تنقسم — من حيث طبيعة المعاهدة — إلى قسمين رئيسين :

١ — المعاهدات التى ابرمها الرسول ﷺ ، وهذه معاهدات شارعة تؤدى دورا تشريعيا بالمعنى الدقيق لتعبير التشريع من حيث أنها مثبتة للارادة الاسلامية الشارعة . ولما كانت معاهدات الرسول شريعة للمسلمين فإن مايبرمه الرسول يعتبر — شفاهة كان أم كتابة — هو معاهدة استثناء من التعريف العام للمعاهدات لانها بصورتها تعبير عن ارادة شارعة عليا — ويمكن أن اضيف إلى هذه المجموعة المعاهدات التى يبرمها الامام عند الشيعة . ذلك ان الامام الشيعى — الذى يجب أن يكون من ذرية الحسن أو الحسين أى من سلالة الرسول عن طريق ابنته فاطمة — على علم بالجانب الخفى (التأويل) من الدين الذى كشف عنه النبى لأقرب اصحابه على بن أبى طالب حيث أن اتباعه لم يكونوا قادرين على فهمه . وإذ أن الامام يرث هذا السر عن اسلافه فانه يملك القدرة على اعطاء تفسير نهائى وملزم لكل من القرآن والحديث وهو يعتمد فى ذلك على تأييد من الله وتبعا فهو معصوم ولو أن تصرفاته قد تبدو للعامة أحيانا على غير الصواب لان هؤلاء العامة يجهلون البواعث العليا لتصرفاته .

٢ — المعاهدات التى يبرمها ولى الامر وتحوى أحكاما شرعية استنبطها من ابرمها اجتهادا من الأصلين — القرآن والسنة — ولذلك فهى مصادر تشريعية استدلالية ينطبق عليها ماينطبق على الاجتهاد من احكام ... وإذا كان لى أن استخدم تعبيرا حديثا هنا فان المعاهدات التى من هذا القبيل تقوم بدور التفسير التشريعى . والفرق بين الصنفين السالفين من المعاهدات هو أن الاحكام التى تتضمنها معاهدات الصنف الاول تعتبر — فيما جاءت به من قواعد نمطية — أحكاما آمرة . يجب أن يتقيد بها ولى الامر فيما يبرمه من معاهدات الصنف

الثانى ومايكون مخالفا أو معارضا لاحكام الصنف الاول يكون باطلا . وأحب ان اوضح قولى هذا فانى اقصر الحجية على ماتضمنته أحكام الصنف الاول من احكام نمطية فحسب ، فالمدة التى امتدت اليها هدنة الحديبية مثلا لاتدخل ضمن الاحكام النمطية للمعاهدة ولذا فانها لاتعتبر — كما أوضح فيما بعد — ضمن القواعد التى يجب الالتزام بها عند ابرام المعاهدات .

وهنا نلحظ فارقا واضحا بين النظرية الإسلامية والدراسات الوضعية ، ذلك أن من فقهاء القانون الدولى المعاصر من ينكر وجود قواعد دولية آمرة . فى حين أن هذا الانكار لامجال له — كما بان لنا — فى النظرية الإسلامية لان القواعد النمطية فى معاهدات الرسول ﷺ هى سنة مكتوبة أو هى حديث مكتوب وهذه فئة لم ينته اليها علماء الاصول عند تقسيمهم للسنة ، فهى سنة كتابية ولذا أضيفها إلى الأقسام التقليدية للسنة كفئة رابعة .

وقد أشارت اتفاقية فينا للمعاهدات سنة ١٩٦٩ إلى القواعد الآمرة بقولها « تعتبر باطلة كل معاهدة تكون وقت ابرامها متعارضة مع حكم آمر من أحكام القانون الدولى العام . ويعتبر لاغراض هذا الاتفاق أن حكم القانون الدولى آمر إذا قبلته وأقرته الجماعة الدولية للدول فى مجموعها بوصفه حكما لايجوز الاخلال به ولايمكن تعديله إلا بحكم جديد من أحكام القانون الدولى له الصفة ذاتها » . والمادة واضحة فى أن الارادة الدولية الشارعة هى التى تضفى الصفة الآمرة على القاعدة وتجعلها من النظام العام فى حين أن الارادة الالهية — فى النظرية الإسلامية — هى التى تضفى تلك الصفة على القاعدة العامة وذلك فارق طبيعى من حيث أن المصدر الخلاق للقاعدة القانونية فى النظرية الإسلامية هى الارادة الألهية .

الاختصاص بابرام المعاهدات :

يقول القلقشندى — بالنسبة لمن له حق ابرام المعاهدة : « ويختلف الحال فيه باختلاف المعقود عليه : فإن كان المعقود عليه اقليما كالهند والروم ونحوهما ، أو مهادنة الكفار مطلقا ، فلا يصح العقد فيه إلا من الامام الاعظم

أو من نائبه العام المفوض اليه التحدث فى جميع امور المملكة ، وإن كان على بعض القرى والاطراف ، فلآحاد الولاة المجاورين لهم عقد الصلح معهم » (ابو العباس احمد بن على القلقشندى ـــ صبح الاعشى فى صناعة الانشا (مجموعة تراثنا) ، القاهرة ، ج ١٤ ، ص ٧) .

وإذن فالذى له حق التعامل باسم جماعة المسلمين هو الخليفة أو الامام بوصفه ولى الامر وهو فى هذا التصور إنما يتعامل بوصفه اللسان الناطق باسم الجماعة لا بوصفه فردا ، وقد خوله عقد البيعة هذا الحق وأضفى عليه ذلك الاختصاص . لقد عرفت النظرية الإسلامية قاعدة اصولية هى أن وحدة الامة تقتضى وحدة قيادتها أو فى قول آخر فان الزعامة السياسية يجب أن تواكب الزعامة الدينية . وكان هذا هو مفهوم ابى بكر عندما شن حرب الردة . وإذا كانت هذه القاعدة قد فهمت فى بدايات الاسلام على أن الخلافة أو الامامة الكبرى يجب أن تكون موحدة فان التطور الذى طرأ على الامة الإسلامية اقتضى أن تنقسم تلك الامة إلى عدة وحدات سياسية لكل امامها أو رئيسها ولكن ظلت الفكرة الاساسية وهى أن رئيس الدولة هو دليل الدولة وعنوانها . ويقول سبحانه وتعالى « يوم ندعو كل اناس بإمامهم » . وقد اختلف المفسرون فى معنى الآية . وأيا كان التفسير فهو ـــ فى فهمى ـــ لايتعارض مع ماذكرت من أن الفرد لايملك أن يقيم علاقة دولية مع فرد آخر .

ثم ان استقراء التاريخ الاسلامى يبين أن أفراد المسلمين لم يبرم أحدهم مطلقا وثيقة دولية أو معاهدة . وتبعا فان النظرية والواقع العملى كلاهما يشهدان بأن الفرد لايملك اهلية ابرام المعاهدات الدولية إنما الذى يبرم هذه الوثائق هو الامام ـــ أو نائبه ـــ بما له من عموم الولاية .

والذى نخلص اليه مما سلف هو أن من يملك ابرام المعاهدة هو من يتمتع بالأهلية الشرعية لذلك وأن من يتمتع بتلك الأهلية هى الدولة ـــ أو مايعادلها من وحدات سياسية ـــ وينوب عنها فى الاعراب عن تلك الأهلية الامام أو الخليفة . وللخليفة الحق فى أن ينيب غيره عنه فى ابرام المعاهدات .

والنائب يسمى ـــ فى لغة الفقه الإسلامى التقليدى ـــ بالوزير ويجب ألا نفهم الوزير هنا فى المفهوم المعاصر للوزير وإنما المقصود به الرجل المسئول الذى يتولى اختصاصات عامة لمعاونة رئيس الدولة فى مباشرة مهامه . ايا كان مسمى المنصب الذى يتولاه فى التعبيرات الحديثة . ولذلك يرى الكثيرون أن الوزير لغة مشتقة من الوزر ـــ أى الثقل أو العبء ـــ لأن الوزير يتحمل اعباء الحكم واثقاله ثم إن اللفظة قرآنية فقد قال سبحانه وتعالى « واجعل لى وزيرا من اهلى ، هارون اخى . أشدد به ازرى واشركه فى امرى » (سورة طه / ٢٩) .

والكلمة هنا تعنى النصير . والكلمة ـــ فى مدلولها السياسى والقانونى ـــ مستحدثة فى النظرية الإسلامية لأن منصب الوزير لم يستحدث إلا بعد انتصار العباسيين على الامويين فقد دعى ابو سلمة الخلال « وزير ال محمد » . والوزارة فى عهد العباسيين على قسمين : (أ) وزارة تنفيذ ، (ب) وزارة تفويض وعند ابى يعلى يراعى فى وزيز التنفيذ ثمانية أوصاف : (أ) الأمانة حتى لايخون فيما اؤتمن عليه ولا يغش فيما قد استنصح فيه . (ب) صدق اللهجة حتى يوثق بخبره فيما يؤديه ويعمل بقوله فيما ينهى عنه (ج) قلة الطمع حتى لا يرتشى فيما يلى ولاينخدع فيتساهل . (ج) أن يسلم فيما بينه وبين الناس من عداوة وشحناء . فان العداوة تصد عن التناصر وتمنع من التعاطف . (هـ) أن يكون ذكورا لما يؤديه إلى الخليفة وعنه ، لأنه شاهد له وعليه . (و) أن يكون زكيا مطيعا حتى لايدلس عليه فيشد به الأمر عليه ، (ز) ألا يكون من أهل الاهواء فيخرجه الهوى من الحق إلى الباطل . (ح) أن يؤتى الحنكة والتجربة التى تؤدى إلى ضواب مشاركته فى الرأى ، ولذا فان الوصف الاخير لايتطلب الا إذا كان الوزير وزير تفويض . (راجع ابو يعلى الفراء الحنبلى ـــ الأحكام السلطانية ـــ القاهرة ١٩٣٨ ، ص ١٥) .

ووزير التنفيذ هو همزة الوصل بين الرعية والامام يؤدى عنه ماامر ويمضى ماحكم (صبحى الصالح ــ المرجع السابق ، ص ٣٠١) . أى أنه يعين فى تنفيذ الأمور ولكنه لايتولاها ولايتقلدها . فهو سفير الامام ولذا يكفى كى يتولى وزير التنفيذ مهامه أن يأذن له الامام فى ذلك لا أن يقلدوه اياها فلا يشترط فيمن يتولى وزارة تنفيذ أن يكون حرا أو عالما ، بل إن وزير التنفيذ يملك أن يكون من أهل الذمة . وهو مقصور النظر على امرين :

١ ــ أن يؤدى إلى الخليفة .

٢ ــ أن يؤدى عن الخليفة .

أما وزارة التفويض فهو أن يستوزر الامام من يفوض اليه تدبير الأمور برايه وامضائها على اجتهاده . ذلك أن ماولى إلى الامام من تدبير الأمة لايقدر على مباشرته جميعه الا بالاستجابة . ولذا يعتبر فى تقليد هذه الوزارة شرط الامامة ــ عدا النسب القرشي ــ ولكن يحتاج فيها إلى شرط زائد على شروط الامامة وهو أن يكون من أهل الكفاية فيما وكل اليه خبرة ومعرفة بتفصيله فانه مباشر له تارة ومستنيب فيه اخرى . ولذا فلا يجوز أن يعين الذمى وزير تفويض .

بيد أن وزارة التفويض تفترق عن الامامه من وجهين : احدهما يختص بالوزير وهو مطالعة الوزير لما امضاه وأنفذه من ولاية وتقليد ، والثانى مختص بالامام وهو أن يتصفح أفعال الوزير وتدبيره الأمور ليقر منها مايراه صوابا ويستدرك مايجافى الصواب . ويجوز للامام أن يفوض وزير التفويض فى كل اختصاصاته عدا ثلاثة أشياء هى :

١ ــ ولاية العهد ، فهذا اختصاص الامام دون الوزير .

٢ ــ للامام أن يستعفى الامة من الامامة وليس ذلك للوزير .

٣ ــ للامام أن يعزل من قلده الوزير وليس ذلك للوزير .

يبين مما سبق أن للامام أن يستعين ــ فى ممارسته لاختصاصاته ــ بمن يشاء ــ من تتوافر فيهم الأوصاف التى تحددها النظرية الإسلامية ــ سواء كان

ذلك فى الشئون التنفيذية أم فى المسئوليات الرئيسة . ومن ثم فان للخليفة ــ فى حدود ماقدمت من شروط ــ أن يستنيب من يرى لابرام المعاهدات فان كان وزير تنفيذ أى ذا اختصاص تنفيذى يقوم هذا المسئول بتوقيع المعاهدة بالحروف الأولى initalling, parapher ولايجوز له أن يوقع المعاهدة توقيعا كاملا . أما إذا كان وزير تفويض ، أى مفوض باختصاصات الامام كلها أو بعضها جاز له أن يتفاوض فى حدود اختصاصه وأن يوقع المعاهدة توقيعا كاملا . وقد يكون توقيع المفوض بالحروف الاولى فحسب إذا انتقصت سلطات المفوض وغالبا مايحصل هذا التوقيع عندما تكون سلطات المفاوض أضيق من أن يقر المعاهدة أو عندما يحس بأنه فى حاجة إلى مراجعة حكومته . كذلك قد يوقع المفاوض توقيعا يطلق عليه الفقه الغربى ad referendum ومعناه أن توقيع المفاوض يعلق فى أثره على الرجوع إلى حكومته لاقراره أو رفضه .

ويحق للامام فى الحالين أن يتصفح ماوقع عليه وزيره ــ أما وزير التنفيذ فلأن اختصاصاته تنفيذية وليس له سلطة التدبير فهو إنما ينفذ مايأمره الامام به ويمضى ماحكم به الخليفة ، وأما وزير التفويض فقد سبق أن قلت إن للإمام أن يراجع تصرفاته ليقر منها مايراه ويعدل أو يرفض مايكون فى تقديره قد جانب الصواب . وأفضل صورة معاصرة لوزير التفويض فى هذا المقام هو وزير الخارجية وممثلو الحضرتين .

والنظرية الإسلامية ــ فى شأن الاختصاص بابرام المعاهدات على النحو الذى أوضحته ــ لاتختلف عن المفاهيم العادية التى تجعل للدولة حق ابرام المعاهدة وتترك لدستور الدولة ، أو نظامها الأساسى ، تحديد الجهاز الذى يمثلها فى ابرام المعاهدة . فاذا لم يتضمن النظام الأساسى للدولة قاعدة فان القانون الدولى يعتبر أن رئيس الدولة هو الذى يملك تمثيل الدولة . وينص وفاق فيينا على أن رئيس الدولة ورئيس الحكومة ووزير الخارجية يمثلون دولتهم فى كل التصرفات الخاصة بابرام المعاهدة . ووزير الخارجية ــ بهذا النص ــ يعتبر وزير

تفويض ذا سلطات واسعة . أما رؤساء بعثات الحضرتين والمندوبون المعتمدون لدى المؤتمرات الدولية فلهم حق تمثيل دولهم فى نطاق مالهم من اختصاص . وقد حدد الدستور الإسلامى الجهاز المختص بتمثيل الدولة فى ابرام المعاهدات فى رئيس الدولة ـــ أو ممثله ـــ ولكن رئيس الدولة ـــ اى الامام ـــ ليس مطلق السلطة فى ذلك فهناك قيد يرد على تلك السلطة ، ذلك هو الشورى ، قال تعالى « فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الأمر » (آل عمران / ١٥٩) وقال عز من قائل « وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون » (الشورى / ٢٨) . فأمر بالشورى حتى ولو ارتكب اهلها مايستدعى العفو والمغفرة .

لقد نزل قوله تعالى « وامرهم شورى بينهم » فى مكة ـــ اى قبل قيام الدولة الإسلامية ـــ فدلت بذلك على أن الشورى فى الاسلام ليست مبدأ قاصرا على الدولة وشئون الحكم فيها وإنما هى سمة عامة للجماعة الإسلامية تمكن لافراز أشكال معينة من النظم وأوضاع متميزة فى الحياة البشرية ، وعلى هذا يقوم النظام الإسلامى وتتحقق المبادىء الإسلامية الكلية خير تحقيق .

فلما نزل قوله عز وجل « وشاورهم فى الأمر » أقر الإسلام مبدأ الشورى فى نظام الحكم وجعله ركيزة من ركائزه حتى ولو كان الرسول ﷺ هو الذى يتولاه . وهذه الناحية من الشورى هى التى تستهمنى هنا . بيد أن الإسلام وإن جعل من الشورى مبدأ من مبادئه الأساسية إلا أنه ترك للأمة أن تحدد شكل الشورى والرسالة التى تتحقق بها لأن هذه الأمور قابلة للتحوير والتطوير وفق أوضاع الأمة وملابسات حياتها . وتبدو أهمية الشورى كأساس يقوم عليه النظام الإسلامى ـــ حتى أن البعض يطلق على نظام الحكم فى الإسلام حكومة الشورى ـــ فى أن النص عليه جاء عقب وقوع نتائج للشورى بدت فى ظاهرها صورة خطيرة كادت تهدد وحدة الصف الإسلامى . وتخلص ملابسات نزول الآية الكريمة فى أن الرسول قرر فى غزوة بدر أن يبقى فى المدينة حتى إذا جاءت قريش إلى أزقتها وطرقاتها انتصف المسلمون منهم . وقد رأى ذلك الرأى شيوخ المدينة ، ولكن شبابها ، وخصوصا الذين لم يحضروا بدرا

رأوا غيره وكانوا الكثرة فنزل عند رأيهم ، وإن كان رأيه غيره ، لانه يسير على نظام الشورى ويربى الأمة عليه ، ويبتدئ وهو يفرض الخطأ فى رأيه ، ولايفرض الصواب دائما ، وأن الفرق بين الحاكم المستبد ، والحاكم الحر الذى يفرض الأمر شورى ، هو أن النبى ﷺ فى تدبير شئون السياسة ، وفى تنظيم الأمور الخاضعة للمبادىء المقررة الثابتة غير النازلة بوحى من السماء كان يعمل الاستشارة دائما لا على أنها تبرع يتبرع به ، بل على أنها واجب عليه بصفته حاكما ، وقد روى عنه ﷺ أنه قال (ماخاب من استخار ، ولا ندم من استشار) .. وأن الشورى فوق أنها تعريف للصواب فى تربية الأمة على الادراك الصحيح فى عامة الأمر ، وهى التى تتفق مع النظام الحر السليم .. ولما جاء بعد وفاته عليه السلام الراشدون من أصحابه اقاموا دعائم الشورى .. » (نقلا عن محمد ابو زهرة ـــ المجتمع الإسلامى فى ظل الإسلام ـــ بيروت ، ١٩٧٠ ، ص ١٥٥ ـــ ١٥٧) .

وإذن فالخليفة مقيد فى اعماله كلها بالشورى من حيث هى أساس الحكم ولكن طريقة ممارسة هذه الشورى متروكة لظروفها وأحوال الأمة الإسلامية وأوضاعها . والنظرية الإسلامية لاتختلف فى هذا الخصوص ـــ من حيث الفكرة العامة ـــ عن النظرية المعاصرة . وقد يسأل عن وقت اجراء الشورى أهو سابق أم لاحق على ابرام المعاهدة . والرأى عندى أنه لايهم إذا سبقت الشورى ابرام المعاهدة أم لحقتها ولكن الذى يهم هو أن تسبق الشورى جعل المعاهدة نصاملزما للدولة الإسلامية ، وأن تكون النصوص الملزمة هى التى جرت الشورى بشأنها . لأن مهمة الشورى هى تقليب اوجه الرأى واختيار اتجاه من الاتجاهات المعروضة ، فاذا انتهى الأمر إلى هذا الحد انتهى وقت الشورى وجاء دور التنفيذ لقوله تعالى « فاذا عزمت فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين » (آل عمران / ١٥٩) . وعلى هدى من هذه الحقيقة لا أرى غضاضة ـــ من وجهة النظر الإسلامية مع بعض التحفظ ـــ على حكم الدستور المصرى الذى يصنف المعاهدات فى فئتين :

١ ــ فئة اكتفى فيها بابرام رئيس الجمهورية ، وهى تضم كافة المعاهدات عدا الاستثناء الذى ورد على سبيل الحصر فى الفئة الثانية وليس للمجلس التشريعى دور فى اضفاء الصفة الملزمة دوليا على تلك المعاهدات لأن كل مايتطلبه الدستور هو أن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان من حيث أن هذه الفئة دون خطورة الفئة الأخرى .

٢ ــ فئة يتطلب فيها الدستور موافقة مجلس الشعب إلى جانب ابرامها من قبل رئيس الجمهورية ، وهى معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل اراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة ، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة فى الميزانية . ولعل الملاحظة الجوهرية التى يجب ألا تغيب عن البال عند تطبيق هذا النص الدستورى هو مراعاة أن تكون الشورى ، هى التى تجرى عادة فى زماننا هذا بالنسبة للفئة الأولى من المعاهدات مع وزارة الخارجية أو غيرها من أجهزة الدولة المتخصصة . إن الكلام عمن له حق ابرام المعاهدات فى النظرية الإسلامية يجرنا ــ كما يجرنا الكلام فى النظرية المعاصرة ــ إلى بحث فروض اخرى غير الدولة . فالفقهاء المحدثون يتكلمون عن حكومة المنفى وحكومة الثوار ومدى مالهم من أهلية فى ابرام المعاهدات .

ان النظرية الإسلامية التقليدية لاتعرف افكارا مثل مدرك حكومة المنفى أو حكومة الثورة لأن هذه المدركات تقوم على فلسفة تختلف عن فلسفة النظرية الإسلامية فهى تفترض أن هناك وحدات سياسية تتمتع بالاستقلال والسيادة والمساواة وأن للشعوب المغلوبة على امرها حق تقرير المصير فى حين أن النظرية الإسلامية التقليدية تقوم على وحدة الدولة الإسلامية وعلاقة الحرب أو العهد والصلح مع دار المحاربين وأهل الكتاب . ولذا فان تصور النظرية الإسلامية للوحدات السياسية المقاربة للدولة يختلف عن تصور النظرية المعاصرة لتلك الوحدات ومع ذلك فان مايحكم أهل الردة وأهل البغى والمحاربين من احكام عامة يمكن أن يصلح أساسا لاستنباط الاحكام الخاصة بحكومة المنفى وحكومة الثورة .

يسمى الفقهاء المسلمون قتال أهل الردة وأهل البغى والمحاربين بحروب المصالح .

ان استعراض الحالات الثلاث السالفة يوضح أن الحالة الثالثة خارجة عن نطاق هذه الدراسة وتنفرد الحالتان الأوليتان وهما أهل الردة وأهل البغى . والذى يهمنا فى هاتين الحالتين هو فرض خروج هؤلاء على الأمة الإسلامية وامتناعها عليه . وفى هذا الفرض تصبح كل من هاتين الفئتين تنظيما سياسيا له ذاتيته ولذا فانه يملك من الأهلية مايدخل فى نطاق نشاطه الدولى ولرئيس كل فئة عندئذ اهلية ابرام المعاهدات فى نطاق هذا النشاط ــ حتى يمكن التفاهم مع هذه الفئة وتنظيم العلاقة معها سواء بالعودة إلى بيضة المسلمين أم بغير ذلك من الأوضاع التى تتقرر على أساس السياسة الدولية الإسلامية حيالها . وهكذا تضاف هذه الوحدات إلى الدول فى مجال الكلام عمن له اهلية ابرام المعاهدات فى النظرية الإسلامية . وهذه النتيجة قد لايتفق معى فيها كثير من الكتاب .

وللشورى التى تجرى بالنسبة للفئة الثانية من المعاهدات ــ أى التى تحتاج لموافقة أعضاء المجلس التشريعى ــ يجب أن تجرى مع من تتوافر فيهم شروط من هو المقصود فى الشورى . وقد ضرب الرسول ﷺ المثل الأعلى فى احترام الشورى ، وكان البعض يسمى أبا بكر « وزير النبى محمد » . وكان عمر أول من نظم الشورى فكان له شوران الشورى الخاصة التى تضم كبار الصحابة من أمثال على بن أبى طالب وعثمان بن عفان ، والشورى العامة وهى التى يحتاج فيها إلى تقرير مبدأ أو يكون الأمر فيها خطيرا ومن هذا النوع تقسيم الأراضى المفتوحة بين الفاتحين . (راجع محمد أبو زهرة ــ المجتمع الإنسانى ، المرجع السابق ، ١٦١ ، ١٦٢) .

. ١٦٢

واهل الشورى ــ أو اهل الحل والعقدـهم الذين سماهم الماوردى بأهل الاختيار ، وتعتبرفيهمشروط ثلاثة : أحدها العدالة الجامعة لشروطها ، والعدالة ــ وهى عدم الميل مع الهوى والكيل للجميع بكيل واحد ــ ذات

شعبتين ابتداء الشعبة الأولى . هى العدالة النفسية بأن يحب الأنسان لأخيه مايحبه لنفسه ، والثانية هى العدالة التى تنظمها الدولة فلا يفرض الحاكم على الناس إلا مايفرضه على نفسه واسرته أولا . وتندرج تحت هذه الشعبة الثانية أقسام ثلاثة هى العدالة القانونية والعدالة الاجتماعية والعدالة الدولية ، والشرط الجوهرى كى يكون الفرد عادلا هو ألا يكون عليه مأخذ من أية ناحية . والثانى العلم الذى يتوصل به إلى معرفة جوانب الصواب ونواحى السلامة . والثالث الرأى والحكمة المؤديان إلى حسن الاختيار وتدبير المصالح . (الماوردى ـــ المرجع السابق ، ص ٦) .

كذلك يجوز للقائد فى الميدان أن يمثل الأمة ـــ أو الدولة ـــ فى ابرام المعاهدات الخاصة بالحرب . ولتأكيد ذلك أذكر مثلا عهد خالد بن الوليد إلى مجاعة بن سرارة وآخرين من الربوة وفيه يؤمنهم ويقاضيهم على الصفراء والبيضاء ونصف السبى والملقة والكراع وحائط من كل قرية ومزرعة على أن يسلموا . صحيح أن هذا عهد من خالد وليس معاهدة لها طرف آخر ولكن اختصاص خالد باصدار هذا العهد يعنى ـــ من باب اولى ـــ أن القائد يملك أن يجعل هذا العهد فى معاهدة فلا يكون التزاما بارادة منفردة وإنما يصبح الالتزام ثنائيا . وخالدفى ذلك فى حكم وزير التفويض وله اختصاصه .

ومن التطبيقات المبكرة لفكرة التزام الامام بالشورى فى ابرام المعاهدات اشهاد أولى الأمر على المعاهدات مع توقيع الامام على المعاهدة . ذلك أن الاشهاد هو البديل ـــ فى النظم البدائية التى لاتعرف التنظيم الادارى كالدواوين ، والدستورى كالمجلس التشريعى ـــ لما نتصوره اليوم فى الاجهزة الحكومية المتخصصة والمجالس التشريعية المنتخبة . وقد استن الرسول ﷺ سنة الاشهاد هذه كى يضرب المثل لخلفائه من بعده وللأمة على عدم الاستبداد بعقد المعاهدات دون اشراك أهل الحل والعقد من المتخصصين وذوى العقول . ولذا نجد أن كافة المعاهدات التى أبرمها الرسول ـــ وأبرمها الخلفاء الراشدون من بعده ـــ تحوى فى آخرها اسماء الرجال الذين شهدوها . ويشهدون عليها

بتوقيعهم أو خاتمهم . « ومن المعقول ألا يكون هناك حد معين للشهود بل ذلك يختلف باختلاف الأحوال ، ففى العهد الذى كتبه الرسول عليه السلام للحارث بن كعب وأهل ملته من النصارى كان الشهود عليه واحدا وثلاثين شاهدا منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وأبو ذر والزبير بن العوام وزيد بن ثابت وعمار بن ياسر وحسان بن ثابت وجعفر بن أبى طالب رضى الله عنهم. أما كتاب النبى عليه السلام لوفد ثمالة من عمان فقد كان عليه شاهدان فقط هما سعد بن عبادة ومحمد بن سلمة وفى المعاهدة التى عقدها الرسول لأهل نجران من النصارى كان الشهود خمسة هم أبو سفيان بن حرب وغيلان بن عمرو ومالك بن عوف والأقرع بن حابس الحنظلى والمغيرة بن شعبة . وعندما جدد أبو بكر رضى الله عنه لنصارى نجران عهدهم شهد عليه اربعة : المستورد بن عمرو وراشد بن حذيفة وعمرو مولى أبى بكر الصديق والمغير بن شعبة » .

(نقلا من كتاب « الفقه الإسلامى . نظام الإسلام فى العلاقات الدولية.» لمؤلفيه محمد مصطفى شحاته وأحمد الحضرى وأبو الحمد أحمد موسى وعبد الله محمد عبد النبى وحسن الشاذلى والطيب خضرى ، القاهرة ، سنة ١٩٧٢ ص ١٧١) .

والشهود على المعاهدات لايقتصرون على الجانب الإسلامى بل يجوز أن يكونوا من سائر أطراف المعاهدة . والطريف ان الاشهاد على المعاهدة اجراء ظل معمولا به إلى وقت غير بعيد بل إن له بقية فى حالات معاصرة وإن قلت . ومن الأمثلة الحديثة لمعاهدات تحمل توقيع الشهود عليها اسوق اتفاقية الانسحاب الثانى التى ابرمت بين مصر واسرائيل فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٤ فقد وقع عليها انزيو سيلاسفو قائد قوات الطوارىء الدولية كشاهد،ومشارطة التحكيم الخاصة بقضية طابا فقد وقع عليها المندوب الأمريكى شاهدا .

اخلص من كل ماسبق إلى أن الدول هى التى لها أساسا حق ابرام المعاهدات وأن رئيس الدولة له حق ابرام المعاهدات باسم الدولة ويمكن أن يساعده فى ذلك وزراء التفويض أو وزراء التنفيذ مثل وزير الخارجية وممثلو

الحضرتين ، والنظرية الاسلامية ــ فى هذه الحدود ــ لاتغاير النظرية المعاصرة . ولكن النظرية الإسلامية تتميز عن النظرية المعاصرة فى أنها تتطلب الشورى ــ كشرط جوهرى يعتبر من النظام العام ــ لامضاء المعاهدة ــ أى لابرامها فى صورتها النهائية الملزمة القابلة للنفاذ ، واستخدم لفظة « امضاء » فى هذه الدراسة فى معنى انفاذ المعاهدة وليس فى معنى توقيعها لان هذا هو اللفظ الغالب على لغة الفقهاء المسلمين وأبقى تعبير « التوقيع » ليعنى مهر الوثيقة باسم أو خاتم من يوقع عليها كدليل على اقرارها .

وإذن فلو أن رئيس الدولة الإسلامية عقد وحده اجتماعا مغلقا مع ممثل الدولة الاخرى وانتهى هذا الاجتماع بامضاء معاهدة ما فان هذه المعاهدة تعتبر معيبة لان اجراءات ابرامها تفتقر إلى اجراء جوهرى هو الشورى . وهذا يدعونا إلى السؤال عن حكم المعاهدة لو أن رئيس الدولة أبرمها دون أن يحترم اجراء الشورى هذا ؟ ذلك ماأجيب عليه فى موضع تال من هذه الدراسة .

شروط ابرام المعاهدة :

١ ــ الشروط الشكلية :

تمر المعاهدة عادة بعدة مراحل قبل أن يتم انفاذها وهى :

(أ) المفاوضة ، وهى مرحلة المباحثات التمهيدية حول موضوع المعاهدة حيث يعرض كل طرف وجهة نظره ومايراه محققا لمصلحته ويتناقش الطرفان إلى أن يصلا إلى نصوص مقبولة لديهما .

(ب) تحرير المعاهدة ، حيث أن شرط الكتابة اصبح شرطا تقليديا تواتر عليه العرف الدولى توخيا لمزيد من الدقة فى اثبات ماجرى عليه اتفاق الطرفين . والمعاهدة ــ كما قدمت ــ هى التشريع الدولى ولذا فانها لاتكون الا مكتوبة . أما الوفاقات الشفوية فليست معاهدات بالمعنى الدقيق للتعبير .

(ج) التوقيع ، وهو تسجيل واثبات واشهاد على ماتم الاتفاق عليه .

(د) التصديق على المعاهدة ، وذلك إذا كان توقيع المفاوض غير كاف

لاضفاء المشروعية والنفاذ على المعاهدة لأن المعاهدة التى تحتاج إلى تصديق لاتعتبر ملزمة الا إذا اجرى التصديق عليها . وقد يتم اجراء التصديق معاصرا للتوقيع — كما قد يتأخر عن التوقيع ، وهذه هى الصورة الغالبة بل قد يجرى التصديق دون أن يسبقه توقيع شأن الحال فى وفاقات منتظم العمل الدولى . وقدزاد انتشار النظم الديمقراطية من التركيز على أهمية التصديق الذى يجب أن تمنحه الاجهزة الداخلية فى الدولة ودعى إلى تأكيد هذا التركيز الصفة التقديرية للتصديق حيث أن اجراءه متروك لتقدير السلطات المحلية بغض النظر عن مدى الاختصاصات التى كانت مخولة للمفوض .

(هـ) تبادل أو ايداع التصديقات . ويجرى تبادل التصديقات عندما تكون المعاهدة ثنائية بأن يسلم كل من الطرفين إلى الآخر وثيقة تصديقه ، أما إيداع التصديقات فيجرى اذا كانت المعاهدة جماعية بأن تودع كل دولة طرف وثيقة تصديقها لدى امانة الايداع وتقوم هذه الأمانة — كلما تسلمت وثيقة تصديق — بتقديم اقرار رسمى بذلك أو عمل محضر رسمى بالايداع وتسلمه للجهة المعنية وتخطر فى الوقت ذاته باقى الدول الأطراف بواقعة الايداع .

ولنا أن نتساءل الآن هل تقر النظرية الإسلامية — أو هل جرى العمل الإسلامى — على اتباع الاجراءات الشكلية السالفة الذكر فى ابرام المعاهدات ؟ للاجابة على هذا التساؤل أرى أن أناقش الاجراءات واحدا بعد الآخر .

(أ) المفاوضة — أو المراوضة كما يسميها المسلمون عادة ، وفى حديث طلحة : فتراوضنا .حتى اصطرف منى . أى تجاذبنا فى البيع والشراء . وهو مايجرى بين المتبايعين من الزيادة والنقصان . كأن كل واحد منهما يروض صاحبه رياضة الدابة . ويبدو أن العمل الإسلامى قد جرى على هذا الاجراء منذ فجر الإسلام والمثل المبكر لهذا العمل هى معاهدة الحديبية التى استطالت

المفاوضة التى سبقت إبرامها بين المسلمين وقريش . فقد خرج الرسول ومعه نفر من المهاجرين والانصار ومن لحق بهم من العرب قاصدين الحج . فلما بلغ أمرهم قريشا تشككت فى نواياهم وظنت أن المسلمين يعدون لنزالها فأرسلت للرسول بديل بنى ورقاء فى رجال من خزاعة للتعرف على قوته وصرفه عن دخول مكة فاقتنعوا بأنه جاءزائرا للبيت ومعظما لحرماته . ولكن رسل قريش فشلت فى أن تقنع قريشا بأن تخلى بين الرسول واصحابه وبين البيت العتيق . وكذلك فشل من بعدهم رسول آخر هو الحليس سيد الأحابيش ورسول ثالث هو عروة بن مسعود الثقفى . فلما طالت المحادثات هكذا انتهى النبى ﷺ إلى ارسال عثمان بن عفان كى يبلغ عنه أشراف قريش ماجاء له . وقد نجحت وفادة عثمان فى اقناع قريش بأن المسلمين جاءوا حاجين معظمين البيت ولكن جاهليتهم وعنجهيتهم أبت عليهم أن يتركوا المسلمين يدخلون مكة حتى لايتحدث العرب بأن قريشا هزمت أمام المسلمين ، واتصل الحديث وعادت المفاوضات بين الفريقين مرة أخرى وأوفدت قريش سهيلا بن عمرو لمصالحة محمد على أن يكون فى الصلح أن يرجع عن قريش عامه هذا وجرت محادثات طويلة كادت أن تنقطع فى بعض الأحيان لولا حرص الجانبين على إتمامها بنجاح ثم انتهت بمعاهدة الحديبية .

كذلك من الأمثلة المبكرة للمفاوضات فى العهد الذهبى للإسلام المفاوضات التى جرت بين عمرو بن العاص وبين المقوقس خلال الفتح العربى لمصر . والتى تمت مرحلتها الأخيرة بين المقوقس وبين عمارة بن الصامت رسول العرب وانتهت بقبول المقوقس وأصحابه لشروط الصلح .

(ب) تحرير المعاهدة . والملاحظ أن المعاهدات كانت مختصرة العبارة فى بدء الاسلام وهذا أمر طبيعى لان موضوع المعاهدة كان محدودا فهو قد يكون مصالحة على جزية أو عهد بالذمة أو مهادنة أو ما إلى ذلك من موضوعات محدودة محددة . ومن هنا لم تقم الحاجة إلى صياغة مطولة أو نصوص مفصلة وكانت تبدأ عادة بالبسملة . واقول عادة لأن بعض المعاهدات ـــ مثل معاهدة

الحديبية ــ بدأت بعبارة « باسمك اللهم » وبعضها لم تتضمن هذه العبارة أو غيرها فى ديباجتها .

بيد أن هذا الايجاز فى العبارة لم يؤد إلى غموض فى اللفظ بل على العكس كانت المعاهدات واضحة النص محددة اللفظ والاهداف قطعا للتنازع فى المستقبل وطواعية للامر الكريم « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولايبخس منه شيئا » (سورة البقرة / ٢٨٢) .

لقد دلت الآية الكريمة على أن الكتابة مبدأ من مبادىء المعاملات فى النظرية الإسلامية وأن هذه الكتابة يجب أن تكون واضحة حتى تقطع ــ قدر الامكان ــ دابر اى خلاف حول حقيقة العلاقة بين الطرفين إذا ماثار نزاع بشأن حقوق والتزامات الطرفين.وإذا كانت الآية الكريمة قد نزلت فى خصوص العقود الا أنه يستفاد من مفهوم اشارة النص أن «ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا » (البقرة / ٢٨٢) . ان الكتابة مبدأ عام من مبادىء الاثبات حيث تكون العلاقة بين الطرفين منطوية على حقوق والتزامات . فكما أن العقد يقيم حقوقا وينشىء التزامات فان تشريع المعاهدة كذلك يقيم حقوقا وينشىء التزامات والامر فى الحالين يفرض على الكاتب أن يكتب كما علمه الله . ولما كانت الحقوق والالتزامات متبادلة بين الطرفين كتشريع فان الطرفين معا لهما حق املاء نص المعاهدة .

ويلتزم الطرفان فى تحرير المعاهدة بمراعاة الدقة والا يبخس أحدهما حق الطرف الآخر « وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولايبخس منه شيئا » .

وقد بلغ من اهتمام الدولة الإسلامية بتحرير المعاهدة انها انشأت لذلك وظيفة كان صاحبها ذا قدر كبير هى كاتب الرسائل . وقد دعاها إلى ابتداع هذه الوظيفة اتساع شئون الدولة الإسلامية وتعقد الموضوعات التى تبرم المعاهدات فى خصوصها . والحق أن كاتب الرسائل هذا ــ أو الوزير الاول

بتعبير العصر ـــ كان هو الأمين على امور الدولة وشئونها وهو الذى يحرر الرسائل السياسية الداخلية والخارجية وهو الذى ينشر بين الناس المراسيم والقرارات والبلاغات والتراتيب الادارية ، وهو أيضا الذى يختم الوثائق والصكوك بخاتم الخليفة . وازداد اهتمام الخلفاء بالكتاب فى العصر العباسى فقد كان الكتاب تراجمة الخلفاء العباسيين كما كانوا من قبل تراجمة الملوك فى عصر الأكاسرة « كانت ملوك فارس تسمى كتاب الرسائل تراجمة الملوك . وكانوا يقولون لهم : لاتحملنكم الرغبة فى تخفيف الكلام والايجاز فيه على حذف معانيه وترك ترتيبه وتوهين حكمه » . (نقلا عن صبحى الصالح ـــ المرجع السابق ، ص ٣٠٥) .

وجدير بالذكر أن علائق المسلمين السياسية مع الروم والفرس لم تبدأ الا بعد الحديبية اى بعد انقضاء ست سنوات منذ الهجرة . وليس معنى هذا أن التوقيع على المعاهدة ـــ فى النظرية الإسلامية ـــ لايكون الا للخليفة فقد سبق أن أوضحت أن ماللخليفة من اختصاص يمكن أن يفوض فيه نائبه أو وزيره ولذا قلت إن وزير التفويض له حق التوقيع الكامل على المعاهدة إذا كان قد نوض فى ذلك ، أما وزير التنفيذ فليس له إلا أن يوقع بالحروف الأولى فحسب . وكثيرا ماتحمل الوثيقة اسم كاتبها ولابد أنها تحمل توقيعه أو خاتمه كذلك كما أنها تحمل توقيع أو خاتم من يكون شاهدا عليها ، إذا اتجهت النية إلى الاشهاد .

(د) التصديق على المعاهدة ، وهو اجراء لاتعرفه النظرية الاسلامية بمفهومه المعاصر ولكن يقابله امران : الأول ـــ هو حق رئيس الدولة فى النظر فيما أجراه من فوضه لاقراره أو رفضه ، والثانى ـــ هى الشورى .

ومن ثم فان مايوقع عليه المفاوض لايعتبر نهائيا ملزما الا بعد أن يصدق عليه رئيس الدولة ، كما أن مايفعله رئيس الدولة لايعتبر صحيحا شرعا الا إذا تم بناء على الشورى مع ذوى الأمر فى الدولة .

ويمكن على هدى مما سلف أن اقول إن المعاهدة فى النظرية الإسلامية تحتاج فى كافة الفروض — اى سواء ابرمها الامام أم مفوضه — إلى نوع من التصديق . وكل ماهناك أن هذا التصديق قد يكون باجراء انفرادى — هو الشورى — إذا كان رئيس الدولة هو الذى وقع على المعاهدة . وقد يكون باجراء مزدوج — هو الشورى واقرار رئيس الدولة — إذا كان من وقع على المعاهدة هو مفوض رئيس الدولة — ومن السوابق التى يطيب لى أن اسوقها فى هذا المقام تبيانا لحاجة المعاهدة إلى المصادقة — عن طريق الشورى — إذا كان رئيس الدولة هو الذى ابرمها — سابقة الوفاق الذى تم بين رسول الله ﷺ وبين غطفان أثناء غزوة الخندق والمسلمون فى فزع من الأحزاب ونكث يهود المدينة للعهد . ذلك أن الرسول بعث إلى غطفان يعدها ثلث ثمار المدينة ان هى ارتحلت ولكن هذا الوعد لم يتم إذ اعترضه سعد بن معاذ وسادة المدينة من الأوس والخزرج ومن أصحاب مشورة رسول الله. والقصة أن الرسول أقام — فى غزوة الخندق — وأقام المشركون على الخندق قريبا من شهر ولم يكن بينهم فى حرب إلا الرمايا بالنبل والحصار . فلما اشتد على الناس البلاء ، بعث الرسول إلى عيينة بن حصن والى الحارث بن عوف — وهما قائدا غطفان — فأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرحلا بمن معهما عنه وعن أصحابه . فجرى بينه وبينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب . فلما استشار قال له سعد بن معاذ : يارسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان ، وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا ثمرة الا قرى أو بيعا . أفحين اكرمنا الله بالإسلام واعز بك وبه نعطيهم أموالنا ؟ والله لانعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم . قال رسول الله : "فأنت وذلك . فتناول سعد بن معاذ الصحيفة فمحا مافيها من الكتاب(محمد حميد الله — الوثائق ،المرجع السابق ،ص ٥٥ —٥٦

كذلك مما يذكر هنا كتاب خالد إلى أبى بكر عن قوم مجاعة بن مرارة يفيده بأن صلح اليمامة على ماوجد من الصفراء والبيضاء على ثلث الكراع وربع السبى ، وجواب أبى بكر يأمره بأن يتم للقوم ماصالحهم عليه ولايغدر بهم . (حميد الله — المرجع السابق ، ص ٢٩٦ — ٢٩٧) .

صحيح أننى ضربت هنا مثلا بمعاهدة لم تكن قد وقعت عليها الأشهاد ولا عزيمة الصلح بعد ، ولكنها كانت على كل حال فى مرحلة التفاوض والمراوضة وقد عرض الرسول قبوله للتنازل عن ثلث بلح المدينة لغطفان — وفى هذه المرحلة جرت الشورى فرفض اقتراح الرسول من قبل اهل الشورى المسلمين فنزل الرسول على رأى الجماعة واستقال ماعرض . وهناك رأى يعترض على المثل الذى ضربته بأنه ليس دقيقا لأننا لسنا أمام معاهدة (جعفر عبد السلام — قواعد العلاقات الدولية فى القانون الدولى وفى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٤٠١ هـ ، ١٩٨١ م ، ص ٣٨٩) ولكننى أسلفت بأن عهود الرسول تعد دائما — وبغض النظر عن شكلها كتابة كانت أم شفاهة — هى من قبيل النموذج لأنها تعبير عن إرادة شارعة عليا هى صانعة الشريعة الإسلامية . ناهيك بأن الاتفاق سجل فى وثيقة . وقد سبق أن ذكرت أن الشورى ليس لها وقت محدد سوى أنها يجب أن تتم قبل امضاء المعاهدة . ولعل هذه السمة من سمات الشورى — أى زمن اجرائها — تمثل فارقا بين التصديق فى مفهومه العصرى وبين الشورى كاجراء من اجراءات التصديق فى النظرية الإسلامية . ولهذا قلت فى بدء كلامى إن النظرية الإسلامية لاتعنى التصديق العصرى بمعناه الدقيق . وفى معنى التصديق أذكر قول الشافعى « إذا وادع الامام قوما مدة أو اخذ الجزية من قوم فكان الذى عقد الموادعة والجزية عليهم رجلا أو رجالا منهم لم تلزمهم حتى نعلم أن من بقى منهم قد أقر بذلك ورضيه » . (الشافعى — الام (كتاب الشعب) ، القاهرة ، ج ٤ ، ص ١٠٧) . أى أن الشافعى لم يكتف بتوقيع الموادع بل تطلب أيضا تصديق القوم الموادعين أو دافعى الجزية .

والتصديق على الرأى الغالب فى الفقه المعاصر يعتبر اجراء تقديريا بمعنى أن للدولة حرية تقدير اجرائه أو رفضه ، فهل هو كذلك فى النظرية الإسلامية ؟.. ارى أن التصديق ليس سلطة تقديرية للدولة فى النظرية الإسلامية بل إن الدولة الإسلامية عليها أن تقوم بالتصديق مالم يقم لديها سبب جدى مقبول يمنعها من ذلك . وتفصيل الرأى عندى أن الشورى قد تسبق أو قد تلى التوقيع فان هى

سبقت التوقيع فلا اشكال هناك ، لكنها إذا تلت التوقيع كانت لازمة الا إذا منع منها مبرر شرعى وأستند فى قولى بالإلزام إلى الآية الكريمة « يايها الذين آمنوا لم تقولون مالاتفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » (الصف / ٢ ، ٣) . إن التوقيع قول والتصديق فعل ولذا فان التصديق يجب أن يؤكد التوقيع والا كان ممقوتا من قبل الله مالم يمنعه مبرر شرعى .

بيد أننى افضل — منعا للحرج — أن تجرى الشورى قبل التوقيع على المعاهدة . لانه يوفر على الدولة ورئيسها الحرج فى بعض الفروض التى يتم فيها الاتفاق بين رئيس الدولة ورئيس دولة اخرى على امور ثم يأتى الجهاز الذى يملك التصديق — كالجهاز التشريعى مثلا — فيرفض تلك المعاهدة . ولدينا مثل حديث يبين قدر هذا الحرج . ذلك أن رئيس الولايات المتحدة الامريكية ورئيس بناما وقعا فى سبتمبر سنة ١٩٧٧ معاهدة بشأن قناة بناما والمنطقة التى تمر بها ، وكان ذلك تتويجا لمفاوضات استمرت ثلاثة عشر عاما . بيد أن البرلمان الامريكى استقبل هذه المعاهدة بفتور وأوشك أن يرفض التصديق عليها . ولنا أن نتصور مدى ماتصاب به هيبة الولايات المتحدة الامريكية ورئيسها فى الجماعة الدولية لو أن البرلمان أصر على موقفه من هذه المعاهدة .

وقد يكون التصور الإسلامى للتصديق أقل حبكة ولكنه فى نظرى أجدى وقعا مما يسير عليه العمل اليوم فهو أولا لا يعفى ولى الامر من الشورى بالنسبة لأية فئة من المعاهدات بل إنه يتطلب اجراء الشورى فى كافة المعاهدات بلا استثناء وذلك على خلاف القاعدة الغالبة اليوم فى الدول ذات النظم الديمقراطية حيث تنزل لرئيس الدولة عن فئة من المعاهدات لايلتزم حيالها بأخذ رأى المجلس التشريعى . ثم إنها أكثر مرونة لانها لم ترسم للشورى شكليات بذاتها يمكن أن يكون الالتزام بها معطلا للاجراءات ومضيعا للمناسبات فضلا على أن الشورى قاعدة الهية آمرة لابد أن يستشعر رئيس الدولة الإسلامية وهو يضبط سلوكه على هدى منها أن عين العلى القدير ترقبه فلا مناص أمامه من أن يصدق فى طلب النصيحة وأن يخلص فى تحرى الاستشارة والا صدق فيه مايصدق فيمن يحكم بغير ما أنزل الله .

والرأى عندى أن هذه الشورى يمكن أن تنصرف ايضا إلى الحزب المعارض للحكومة طواعية للآية الكريمة « اعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم فى الامر » ، ولايكون العفو والاستغفار الا لمن وقف موقف المعارضة وارتكب مايستأهل تلك المنة ومع ذلك فقد جاء التنزيل الالهى آمرا بمشاورة المعارضة النزيهة التى تستحق العفو ويستحب لها الاستغفار .

كذلك هناك فارق آخر بين الاتجاهين ـــ الإسلامى والمعاصر ـــ ذلك أن حسن النية هو المعيار الذى يجب أن تتحراه الدولة الإسلامية إن هى نزعت إلى رفض التصديق ، فى الحالات التى يجوز لها أن ترفضه .

صحيح أن التصديق المعاصر قد يبدو أكثر اتساقا مع منطق مدرك التصديق لانه لايكون الا بعد التوقيع فى حين أن تصديق المعاهدة ـــ حسب النظرية الإسلامية ومتمثلا فى الشورى ـــ يجوز أن يكون قبل أو بعد التوقيع على المعاهدة. الا أن هذه المرونة تسهم فى توطيد التعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية. ثم إن سبق الشورى على ابرام المعاهدة يمكن أن يضع المفاوض المسلم فى موضع الرؤية الواضحة أثناء مناقشته للطرف الآخر شأنه شأن من فوض بسلطات كاملة لابرام المعاهدة فى حدود مايلقاه من تعليمات .

(هـ) تبادل او ايداع التصديقات . ليس هذا الاجراء بغريب على النظرية الإسلامية فقد امر الرسول عليه السلام أن تكتب نسختان من معاهدة الحديبية وأن يكون بيد كل طرف نسخة منها ، وهذا أقرب مايكون إلى اجراء تبادل التصديقات المعاصرة لاسيما وأن الذى وقع على هذه المعاهدة من الجانب الإسلامى هو رسول الله ورئيس دولة المدينة وقد شهد معه أعلام هذه الامة وأصحاب الرأى والشورى فيها . فهى من الناحية الإسلامية لم تكن تفتقر إلى التصديق قبل تبادل النسختين .

أما ايداع التصديقات ـــ وهو اجراء خاص بالمعاهدات الجماعية ـــ فليس من الميسور أن نجد له صورة عملية فى التاريخ الإسلامى المبكر ـــ بل ولا فى التاريخ الدولى المبكر ـــ ولا أجد فيما يبرم اليوم حجة او استدلالا على أحكام

النظرية الإسلامية ولذا فانى استبعده من دراسة تلك النظرية بل وأدخله فى احكام النظرية المعاصرة ولكنى لا أقول بتنافره مع المفهوم الإسلامى .

ولعلنى استطيع أن اسوق مثلا يبين الطريق لنا فى فهم العقلية العربية ومدى تقبلها لاجراء ايداع التصديقات ، تلك هى صحيفة قريش على مقاطعة بنى هاشم وبنى عبد المطلب — رهط النبى — فلا يتكلمون اليهم ولا يبيعونهم شيئا ولا يبتاعون منهم . لقد ابرمت هذه الصحيفة بطون قريش المختلفة وقريش تمثل ببطونها نوعا من النظام الإيـلافى المعاصر (الكونفدرالى) ، ولذا فان هذه الصحيفة تعتبر مثلا متواضعا — ولكن له أهميته التاريخية والفقهية — لما نسميه بالمعاهدات الجماعية فى زماننا هذا . ولذا كان لابد من ايداع هذه الصحيفة لتعدد اطرافها بحيث يصعب تبادلها . وكانت طريقة الايداع هى تعليق هذه الصحيفة فى جوف الكعبة توكيدا لها وتسجيلا . (راجع محمد حميد الله — الوثائق السياسية للعهد النبوى والخلافة الراشدة ، بيروت ١٩٦٩ ، ص ٢٦ ، ٢٧) . إن هذا يبين أن عقلية العرب فى عهد غير بعيد عن الإسلام بل وفى السنوات الأولى للدعوة كانت ترى أن المعاهدة الجماعية إذا ما ابرمت وجب ايداعها ومن ثم فان ايداع التصديقات — الذى يترك العمل المعاصر للدول حرية تحديد كيفية تحقيقه — اجراء مارسه العرب فى بيئتهم التى تجهزت لقبول الإسلام . ولذا أقول إنه اجراء تقبله النظرية الإسلامية وماكان هناك مانع من مباشرته فى عهد الرسول والخلافة الراشدة لو أن الظروف دعت اليه . ولا يطعن على قولى هذا أن قريشا الكافرة هى التى قامت بايداع الصحيفة لأن الايداع ليس حكما من أحكام الدين أو مبدأ شرعيا ولكنه من شئون الدنيا التى يعتبر الناس اصحاب المصلحة اعلم بها من غيرهم والتى استمر العرب بعد اسلامهم على ماكانوا عليه فى جاهليتهم بالنسبة لمعظمها مثل تأبير النخل ، وقد يستعار من الاجراء شكله — لا فحواه — عملا بما قاله الرسول ﷺ فى اعتماد أحلاف الجاهلية الخيرة .

اننا إذا ألقينا نظرة على ماقدمت من عرض فى شأن الشروط الشكلية لابرام المعاهدة نجد ان اجرائين من بين هذه الاجراءات يعتبران اجرائين رئيسين أما الأول فهو الكتابة ، وأما الثانى فهو التصديق .

وقد اعتبرت الكتابة شرطا رئيسا لأن المعاهدة لاتكون معاهدة ــ فيما ذهبت اليه ــ الا إذا كانت وثيقة مكتوبة فان أبرم الاتفاق شفاهة كان وفاقا دوليا وليس معاهدة ، وتبعا فان مناقشته تخرج عن اطار هذا البحث . ولذا أسلفت القول بأن المعاهدة ــ من حيث هى وثيقة مكتوبة تتضمن أحكاما شرعية ــ تقوم بدور التفسير التشريعى لأحكام الشريعة الإسلامية فى العلاقات الدولية التى تحكمها النظرية الإسلامية .

أما التصديق فهو ــ كما ذكرت آنفا ــ مبدأ اساسى من مبادىء النظرية الإسلامية ولذا فان تغافله يعنى أن شرطا من الشروط الجوهرية لامضاء المعاهدة قد تخلف . ولذا فان من الطلى أن اناقش الآن حكم المعاهدة التى يبرمها رئيس الدولة دون أن يستشيرفى شأنها على النحو الذى ذكرته فيما سبق من دراسة ، مع افتراض أنها لاتتضمن حكما يخالف حكم الله من حيث الموضوع . إن الحكم فى تقديرى هو اعتبار المعاهدة التى تبرم على هذا النحو معاهدة فاسدة والفاسد فى النظرية الإسلامية أقرب مايكون لما نطلق عليه اليوم « قابل للابطال » ، وإن كان لايماثله تماما .

ذلك أن « الفاسد من العقود والتصرفات ماكان مشروعا بأصله دون وصفه وبعبارة أخرى هو مالم يحصل خلل فى ركنه ولا فى محله ولكن حصل خلل فى أوصافه» . (أحمد ابو الفتح ــ كتاب المعاملات ، ج ١ ، القاهرة ١٩٢٢ ، ص ١٩٣) . والتصديق وصف من أوصاف المعاهدة فى النظرية الإسلامية . اننى عندما اصف المعاهدة بالفساد لافتقارها إلى التصديق انما أتكلم عن مدى وجوبها على طرفيها والزامها لهما . ومن ثم فاننى لا اتكلم عن صحة أو فساد ماتضمنته من أحكام وافكار . ولايناقض هذا الرأى ماسبق أن ذكرته بشأن تكييف المعاهدة على أنها دليل من أدلة الاجتهاد تقوم بدور التفسير التشريعى

وتعتمد على تعاهد الطرفين على إعطاء ماتضمنته المعاهدة من تفسير تشريعي قوة ملزمة فى علاقة الطرفين أحدهما بالآخر . ومن ثم فان الفساد إذ ينصب على ماهذا التفسير التشريعي من وجوب — لايتناول الحكم من حيث موضوعه وانما يتناوله من حيث الالتزام به جبرا على ارادة الطرف الآخر إذا مادخلت تلك العلاقة فى نطاق هذا التفسير .

وحكم فساد الالتزام أو التصرف هو فسخه واعادة الطرفين إلى ماكانا عليه قبل ابرام المعاهدة مادام ذلك ممكنا فان تعذر ذلك كان للطرف الآخر أن يطالب الطرف الذى أبرم المعاهدة الفاسدة بتعويضه عما ناله من ضرر وذلك مشروط طبعا بأن يكون الطرف طالب التعويض حسن النية ..

ان عدم اخضاع المعاهدة لاجراء الشورى هو نوع من اساءة الحاكم لاستخدام سلطاته لانه خروج عن القيود التى قيد الله بها حقه فى ممارسة اختصاصاته . وقد اختلف الفقهاء المحدثون فى حكم التصرف الذى يصدر عن رئيس الدولة بالمخالفة لاحكام دستور بلاده . ويمكن أن اجمل هذا الخلاف فى نظريات ثلاثة : فهناك مدرسة المتطلبات الدستورية التى ترى أن المعاهدة التى تبرم دون احترام القيود الدستورية تعتبر باطلة أو هى على الأقل قابلة للبطلان بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة . إن هذه المدرسة تعتبر أن احترام القيود التى يضعها الدستور على سلطة ابرام المعاهدات شرط لابد منه لسلامة المعاهدة من حيث أن القانون الدولى يترك للقانون الداخلى تحديد نطاق السلطة التمثيلية التى لوكلاء الدولة ، فان هم تجاوزوا هذه السلطة فقدوا صفتهم التمثيلية . وهناك مدرسة رئيس الدولة — أو السلطة التنفيذية ككل — وعندها أن القيود الدستورية لا أثر لها على سلامة المعاهدة التى يبرمها الجهاز التنفيذى . وهناك فريق يتوسط بين المدرستين ويريد أن يصل إلى حلول توفق بين النظرتين . وأنصار هذه المحاولات التى تقف فى منتصف الطريق يسعون إلى كسر جمود نظرية المتطلبات الدستورية باحاطتها ببعض الضمانات . وأغلب فقهاء هذا الاتجاه يأخذون بمعيار المظهرية اى انه إذا كان عدم اختصاص الجهاز

الذى أبرم الاتفاقية غير ظاهر وغير واضح بحيث لم يكن من السهل على الطرف الآخر أن يكشفه ، لا تبطل المعاهدة ـــ اى ان المعاهدة التى يبرمها جهاز غير مختص لاتكون ملزمة للدولة مع مراعاة أن تكون المخالفة صارخة أو كان يمكن التعرف عليها بمجرد الاستفسار . ولذا تسأل الدولة إذا أكد وزير خارجيتها للطرف الآخر بأن المعاهدة تقابل المتطلبات الدستورية .

وفى تقديرى أن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل أيا من الحلول السالفة تحت فكرة أن المعاهدة تعتبر عند عدم توافر قيد الشورى ـــ معاهدة فاسدة . ولكنى أفضل النظرية المتوسطة من حيث أنها نظرية أكثر قربا من فكرة العدالة ، والعدالة الوسط أساس من أسس النظرية الإسلامية بوصف أن الله ـــ بشريعته السمحة ـــ قد جعل من الأمة الإسلامية أمة وسطا . ثم اننى اعتبر المعاهدة فى الفرض المبحوث معاهدة فاسدة جريا على الحكم الشرعى وهو أن الفاسد هو ماوافق اصله الحكم الشرعى دون وصفه . والأصل هو الركن والوصف هو الشرط . والأفضل فى الشريعة الإسلامية أن يكون التصرف صحيحا بأصله وبوصفه ومعنى كونه غير مشروع بأصله أنه فقد شيئا مما يتحقق به . ومعنى كونه غير مشروع بوصفه أنه بعد انعقاده فقد شيئا مما لا يصير صحيحا إلا به . وكل تصرف لايكون مشروعا بأصله ، لايكون مشروعا بوصفه وليس العكس لأن غير المنعقد لايكون صحيحا وقد يكون غير الصحيح من هذا كالبيع الفاسد فانه منعقد وغير صحيح . والركن هو الصيغة ـــ اى الايجاب والقبول ـــ والمحل والأطراف . والحنفية يذهبون إلى أن الصيغة هى وحدها ركن العقد . والخلل فى الركن يجعل التصرف باطلا . أما الشرط فى معناه الواسع فهو التطلب العام لسلامة التصرف الشرعى والخلل فيه يجعل التصرف فاسدا . فضلا على أن حق من يدفع بفساد المعاهدة مشروط بأن يكون حسن النية الأمر الذى يتفق مع اشتراط ألا يكون عدم الاختصاص ظاهرا .

وصيغة الفساد فى العقود لا نظير لها فى القوانين الوضعية لأنها جعلت

للعقود مراتب ثلاثة . الصحة وهى تقابل الصحة فى الفقه الإسلامى على اختلاف فى بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو ذاته البطلان فى الفقه الإسلامى .

والبطلان النسبى — وهو فى بعض صوره من قبيل العقد الموقوف ، وفى بعضها من قبيل العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى — لأن العقد الباطل بطلانا نسبيا يبقى صحيحا إلى أن يقضى القاضى بابطاله بناء على طلب الشخص الذى لم يكن رضاه بالعقد تاما ، كمن دلس عليه فى البيع مثلا .

وهذا العقد كما انه قابل للابطال من أحد الطرفين الذى وقع عليه الضرر قابل للاجازة أيضا . فاذا أجازه ولو كانت الاجازة ضمنية سقط حقه فى الابطال ، وليس للقاضى أن يبطله من تلقاء نفسه من غير صاحبه .

ومن هنا يتبين أن تسميته بالباطل تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة .

وأما العقد الفاسد فى الفقه الإسلامى فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر الا فى بعض صور قليلة .. ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ، وكذلك يجب على القاضى فسخه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين . ولايملك أحدهما اجازته . وإذا ثبت حكمه فى بعض الصور يثبت بالقيمة لا بالثمن المسمى فى العقد . (نقلا عن محمد مصطفى شلبى — المرجع السابق ، ص ٥٠١ — ٥٠٢) .

إن هذا التميز لفكرة التصرف الفاسد هو الذى جعلنى اقول إن النظرية الإسلامية يمكن أن تتقبل النظريات الثلاث التى اسلفتها . وهو أيضا الذى دفعنى إلى ترجيح النظرية التوسطية لأنها تأخذ من كل من الاتجاهين الآخرين بطرف يجعلها أقرب الثلاثة إلى الفكرة الإسلامية فى التصرف الفاسد . بيد أننى يجب أن أضيف أن الحكم الوارد بالنسبة للعقود فيما اسلفت من تنبيه يتضمن مبدأ عاما بالنسبة لفكرة « الفاسد » فى النظرية الإسلامية ولا يقتصر فى

مفهومى على العقد بمعناه المدنى والتجارى . ولذا لم أجد غضاضة فى أن اصرف الفكرة إلى المعاهدة ولو أنها ليست عقدا بالمعنى الفنى للعقد بل تشريع.

ومن ثم فان الدولة فى النظرية الإسلامية لاتلتزم بمعاهدة لاتتم بناء على الشورى إذا كان تجاهل هذا الاجراء صارخا وواضحا للطرف الآخر أو كان فى مقدور الطرف الآخر أن يعلم بهذه المخالفة لو أنه بذل الحرص العادى ، فاذا ترتب على ذلك ضرر بالغير كان له الحق فى أن يعوض عما اصابه من ضرر ، إذا توافرت شروط التعدى . والتعدى هو ركن المسئولية فى النظرية الإسلامية على ماأوضح فى حينه . وعلى القاضى أن ينهى المعاهدة جبرا على المتعاقدين ازالة للمنكر شرعا مادام الانهاء ممكنا .

ويمكننى أن اعلق فى نهاية هذه المناقشة بأن المعاهدة — فى النظرية الإسلامية — تعتبر من التصرفات الشكلية حيث أن الشورى اجراء لازم لابرامها .

٢ — الشروط الموضوعية :

هناك حقيقة أولية أرى الآن أن اوضحها هنا استكمالا لما قدمته بشأن الطبيعة القانونية للمعاهدة حتى ينجلى ماأسلفت من قول ويبين ماأعرض من رأى .

عندما أتكلم عن المعاهدة أتكلم عن وثيقة تتشكل من :

١ — نصوص تحتويها المعاهدة .

٢ — لها قوة الالزام والوجوب .

أما نصوص المعاهدة فقد سبق أن ذكرت أنها تدخل فى حكم الاجتهاد . سواء أكان ذلك باستنباط الاحكام أم بتقليد احكام سبق أن استنبطها الفقه . وقد كان باب هذا الاجتهاد مفتوحا للمسلمين خلال القرنين ونصف القرن الأول من ظهور الإسلام . ولكن فكرة قفل باب الاجتهاد واشتراط شروط معينة فيمن يحق له الاجتهاد بدأت تتبلور فى القرن الثالث الهجرى وراحت

فكرة الاجتهاد تنفصل عن مفهوم الرأى واقتصرت على القياس وغيره من الضوابط وقام الشافعى بدور رئيسى فى هذا الخصوص . وماكاد يشرف القرن الرابع الهجرى حتى كان باب الاجتهاد قد اغلق كلية وشاع الفهم بأن شروط الاجتهاد لم تعد متوافرة فى شخص ما وأصبح دور الفقهاء هو التقليد حيث يقبل فقه واحد من الأئمة الأربعة دون مناقشة . ولكن فكرة التقليد لقيت على مر العصور معارضة من عدد من المستنيرين من فقهاء الشريعة ــ مثل داود بن خلف مؤسس المدرسة الزاهرية وابن تيمية الفقيه الحنبلى وهى اليوم تلقى استهجانا ومعارضة من المصلحين ، كما لعبت فتاوى شيوخ الفتوى دوزا فى تطوير الفقه الإسلامى .

ومن ثم فاننا إذا أخذنا بمفهوم العصور الأولى للاسلام فان الاجتهاد مفتوح وتبعا فان نصوص المعاهدة إذا كانت استنباطا لأحكام غير مسبوقة ــ فلا غبار عليها لأنها اجتهاد مقبول ممن رأت الدولة ــ أو بالأحرى ولى أمر المسلمين ــ تكليفه بهذا الاجتهاد . أما إذا تسلط علينا منطق مؤيدى قفل باب الاجتهاد فان هذه النصوص ــ إذا لم تكن تقليدا لرأى الأئمة أو ماجاء فى مذاهبهم من اجتهاد فى المذهب فانها لاتقبل الا إذا كان صائغها قد توافرت فيه شروط الاجتهاد . ولما كان المتحمسون لقفل باب الاجتهاد يرون أن هذه الشروط لا تتوافر فى أحد من فقهاء العصر فان نصوص المعاهدات يجب ألا تخرج عن التقليد وإلا كانت مرفوضة لانها صدرت من غير العلماء المجتهدين .

وإذا كان لى أن ابدى رأيا هنا فاننى ممن يرون أنه لم يعد هناك مبرر اليوم لقفل باب الاجتهاد فقد بلغت الحضارة المعاصرة ــ بما توفره من تيسيرات فى طباعة المؤلفات وتسهيلات فى نقل المطبوعات من أقصى الأرض إلى اقصاها ومن اتصالات سريعة مريحة يستطاع معها أن يتخاطب العالم مع زميله بغير مشقة واحياءًا لتراث السلف الصالح فى عصر النهضة العلمية الكبرى الذى نعيش فيه ــ كل هذا يشجب كل دعوة للجمود لاسيما وأن مانجابهه اليوم من مشاكل معاصرة لم تعرض للأئمة واتباعهم من مجتهدى العصور الأولى هو فى حاجة ماسة إلى التدبر والتفهم والفتوى . (راجع عبد الحميد متولى ــ أزمة

الفكر السياسي الإسلامي ، القاهرة ١٩٧٠ — ويعرض الاستاذ المؤلف لهذه المشكلة بتفصيل جدير بالاهتمام).. وأقول — ترتيبا على هذا — إنه لاقيد على النصوص التي ترد في المعاهدات سوى أن تتفق مع المبادىء التي جاء بها القرآن الكريم والحديث الشريف . وهذا قيد عام بكافة الأحكام وليس قاصرا على المعاهدة أو خاصا بها .

أما القوة الملزمة لنصوص المعاهدة في علاقة أطرافها الواحد بالآخر فهي المسألة التي تحتاج إلى وقفة لإيضاح أمرها في هذه الدراسة . ذلك اننا إذا نظرنا إلى النصوص على أنها اجتهاد بالرأي المستقل أو التقليد فان هذا لايعني حتما ولزاما أنها ملزمة بالنسبة لدولة ما وإن كانت لها حجية وانما الذي يملك اعطاءها هذا الالزام هو ولي أمر المسلمين ، مثل ذلك مافعله الشارع المصري إذ جعل مذهب أبي حنيفة ملزما للقاضي المصري في حالات معينة .

وابرام المعاهدة يعني أن ولي الامر قد جعلها ملزمة للدولة بما جاء فيها من أحكام ، وفي قول آخر فان المعاهدة تصرف إلى ماجاء فيها من اجتهاد أو تقليد قوة الزام ووجوب ماكان ذلك الاجتهاد أو التقليد ليتمتع بها لولا أنه صيغ في معاهدة نافذة . إن هذا الوصف الجديد الذي تضفيه المعاهدة على نصوصها هو الذي نتجه اليه ونحن نتكلم عن شروط المعاهدة ومن ثم فاننا يمكن أن نقول إن شروط المعاهدة تعني في الواقع شروط صيرورة ماجاء في المعاهدة من أحكام ذا قوة الزام ووجوب . ولذا فان المعاهدة وإن كانت تقوم بدور تشريعي إلا أن قيامها بهذا الدور معلق على ارادة طرفيه — وفي عبارة أخرى فان الدور التشريعي الذي تقوم به ذا سمة تعاقدية . ولكن هذا لايعني أنها عقد لأن العقد كما قدمت يعمل على تحقيق مصالح متقابلة ، أما التشريع فيعمل على تحقيق مصالح متوازية . وهذا هو ماتحققه المعاهدة في المفهوم الذي أعنيه في هذه الدراسة . فاذا عدت إلى البدء أقول إن الشروط الموضوعية كي تصبح المعاهدة واجبة ونافذة — إلى جانب بديهية أن تكون الأحكام متفقة مع نصوص القرآن والسنة — هي الشروط اللازمة لحجية

الاجتهاد فضلا على أن تكون مبنية على التراضى بين الطرفين . فهل معنى ذلك أن عيوب الرضا تعيب المعاهدة ؟ يرى الفقه الدولى المعاصر ــ ويؤيده فى ذلك وفاق فيينا سنة ١٩٦٩ الخاص بأحكام المعاهدات ــ أن المعاهدة يمكن أن تنالها عيوب الارادة التى تعيب العقد فى القانون الخاص . ويتعرض هؤلاء الفقهاء ــ عند الكلام على عيوب الارادة ــ للخطأ والغلط والغش والاكراه . وعندى أن هؤلاء الفقهاء ــ وإن كانوا هم الكثرة ــ إنما ذهبوا إلى ماذهبوا اليه تحت تأثير افكار القانون الخاص فى نظرتهم إلى المعاهدة على أنها عقد ، فهم يستعيرون من القانون الداخلى ــ فى خصوص المعاهدة ــ الأفكار الرئيسة التى تحكم نظرية الالتزام المدنى ولذلك فاننى أنتقد هذا الرأى الغالب الذى يناقش مشروعية المعاهدة على أساس أنه إذا لحقت عيوب بارادة عاقدها تبطل المعاهدة . والذى يتفق مع منطقى ، هو أن المعاهدة دليل من أدلة الاحكام الدولية يتسربل برداء التشريع ، ومن ثم فكل ماهو مطلوب هو أن تتوافر قرائن معينة تؤكد أن هذا الدليل صحيح ، أى ان هناك معاهدة قد استكملت حقا شروط نفاذها من حيث الشكل والموضوع ــ أى الاجتهاد ــ فاذا لم تتوفر تلك القرائن أهدرت حجية الدليل وسقط التمسك بها .

ولكن هذا الرأى الذى اتمسك به ازاء المعاهدة فى الفقه المعاصر ليس هو مأأخذ به بالنسبة للمعاهدة فى الفقه الإسلامى . ذلك أن هناك ــ فيما ارى ــ فارق جوهرى بين المعاهدة فى كل من الفقهين . إن المعاهدة فى الفقه المعاصر هى ــ فى مذهبى ــ دليل من أدلة الارادة الشارعة الأصيلة للدول المتعاقدة فى حين أن المعاهدة فى الفقه الإسلامى دليل من أدلة الاجتهاد أى دليل من أدلة الارادة الشارعة الثانوية لأن الاطراف المتعاقدة لاتملك الارادة الدولية الشارعة الأصيلة فى النظرية الإسلامية . إن الارادة الشارعة الأصيلة فى مفهوم النظرية الإسلامية ــ كما قلت أكثر من مرة هى الارادة الإلهية . وكل ما لارادة الأطراف من دور حيال هذه الأحكام هو تفسيرها وتفهم مقتضاها واختيار التفسير الذى يلتزمون به فى علاقاتهم المتبادلة . إن هذا الدور لارادة أطراف المعاهدة هو الذى قادنى إلى القول بأن الدور التشريعى للمعاهدة ذو

طبيعة تعاقدية لأن دور الدول المتعاقدة دور تفسيرى تطبيقى تختار بالمعاهدة واحداً من بين تفسيرات متعددة يمكن أن تستنبط من النصوص الأصيلة وتتفق على الارتباط به فى علاقاتها التعاهدية. وإذن فالمعاهدة وثيقة تتضمن أحكاما شرعية — أى مستمدة من الشريعة الإسلامية — أضفى عليها الأطراف قوة الالزام فى تنظيم علاقاتهم الواحد بالآخر .

لذلك كيف نقول — من الناحية النظرية — إن الاكراه ، والغش أو التغرير ، والغلط تعيب الرضاء .

إن الاكراه الذى يعيب الارادة هو التهديد بالحاق الأذى إذا لم يستجب المطلوب إليه لطلب الطالب وقد يكون الاكراه ملجئا إذا كان التهديد فيه بقتل النفس أو باهلاك عضو أو بالضرب الشديد الذى يخشى معه تلف النفس أو العضو أو باتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم ، وهذا المفهوم يقابل — على الصعيد الدولى — التهديد باهدار استقلال الدولة أو سلامة اقليمها . والاكراه غير الملجىء هو ماسوى ذلك مما يشق على النفس احتماله . ولاخلاف بين الفقهاء على أن الاكراه الملجىء مفسد للاختيار . أما الاكراه غير الملجىء فهو غير مفسد للاختيار عند الحنفية .

والغش والتغرير هو استعمال حيلة وخدعة مع الطرف الآخر ليقوم على التعاقد ظانا أنه فى مصلحته مع أن الواقع يخالف ذلك ، وفى قول آخر فان أحد الطرفين يوهم الآخر بتوافر صفة فى المتعاهد عليه مرغوب فيها ولولاها ماأقدم الطرف الآخر على المعاهدة . وقد يكون التغرير بالتدليس وذلك إذا ماأخفى أحد الطرفين عيبا فى أحد العوضين فى عقود المعاوضات . وحكم التغرير أو التدليس أنه موجب للخيار — على أرجح الآراء — فيكون لمن غرر به أو دلس عليه الخيار ان شاء أمضى العقد وإن شاء فسخه .

والغلط الذى يعيب العقد هو الغلط الظاهرى — وليس الباطنى أى فى الارادة الباطنية — ويقصد بالغلط الظاهرى الذى يوجد فى الصيغة مايدل عليه . وليس كل حالات الغلط الظاهرى معتبرة فى عيوب الرضاء . فالفقهاء

يقصرون كلامهم على الغلط المتعلق بمحل العقد . ومعنى الغلط فى محل العقد هو ظهور المعقود عليه على خلاف ماعين بالعقد — ويؤثر هذا الغلط فى الرضا لأن العاقد مارضى بالعقد إلا على الحالة التى قدرها وانشأ العقد على اعتبار وجودها فان اختلفت الحقيقة عما قدره فات رضاه بالعقد .

فان وقع الغلط فى جنس المعقود عليه بطل العقد وإن وقع فى صفة من صفاته يترتب عليه عموم لزوم العقد فى حق من وقع الغلط فى جانبه ، وتبعا يكون له حق فسخ العقد فى العقود التى تقبل الفسخ خلافا للامام أحمد الذى عمم حكم خيار الفسخ فى كافة العقود . على أنه تجب ملاحظة أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين : أن يكون عقد الوصف مما لايدرك بالمعاينة الظاهرة ، وألا يكون فواته إلى احسن منه . أن الكلام عن هذه العيوب فى شأن المعاهدات يثير عندى تساؤلا أوليا حول الارادة التى يمكن أن تعيبها هذه العيوب . هل هى ارادة الدولة أم ارادة ممثليها ؟ .

إننا إذا قصدنا نسبة عيب الإكراه إلى ارادة الدولة نجد أن توافر هذا العيب عملا أمر يكاد يكون مستحيلا ، لأن علاقات القوة لم تستبعد نهائيا من العلاقات الدولية « فاعدوا لهم مااستطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » (الانفال / ٦٠) ، ولازالت الحرب — لاسيما فى صورتها الدفاعية — مشروعة لأن حق الدفاع الشرعى حق طبيعى « قاتلوهم يعذبهم الله بأيديكم ويخزهم وينصركم عليهم » (التوبة / ١٤) . « ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم » (البقرة / ١٩٤) . « إذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير » (الحج / ٣٩) . « فان لم يعتزلوكم ويلقوا اليكم السلم ويكفوا ايديهم فخذوهم واقتلوهم حيث ثقفتموهم وأولئك جعلنا لكم عليهم سلطانا مبينا » (النساء / ٩١) .

لقد كان الغالب فى الفقه الدولى المعاصر أن الاكراه على الدولة لا يعتبر مبطلا للمعاهدة حتى كان وفاق فيينا سنة ١٩٦٩ إذ تضمن ذلك الوفاق نصا

على بطلان المعاهدة إذا وقع اكراه على الدولة أو جرى تهديد بذلك . وبدهى أن يرد تحت هذا البند معاهدات السلام التي يمليها المنتصر تحت حد السيف . فلو أننا اعتبرنا هذه المعاهدة باطلة لملىء التاريخ الدبلوماسى بمعاهدات باطلة لعبت دورا كبيرا فى تشكيل العلاقات الدولية وتطوير أحكام قانون الأمم. ومن الطلى أن اذكر أن ميثاق الامم المتحدة والمعاهدة العامة لابطال الحرب تجاهلت أثر الاكراه على المعاهدات التى يبرمها المنتصر . ويقول الفقهاء فى تقدير معاهدات السلام إننا يجب أن نبحث عما إذا كانت الحرب قد شنت على خلاف مواثيق السلام لاسيما فى الحقبة الاخيرة من تاريخ العلاقات الدولية التى تميزت بوثائق دولية تحرم الحرب وتمنع الاكراه فى العلاقات الدولية ــ يمكن أن نعتبر أن عهد عصبة الامم هو بدايتها ــ ويقولون إن النظرة إلى معاهدات السلام يجب أن تختلف بحسب ماإذا كانت الحرب التى شنت مشروعة ــ وعندئذ تكون المعاهدة سليمة ــ أو غير مشروعة وهنا تكون المعاهدة باطلة . وردى على ذلك أن الحرب لم تمنع تماما فلا زالت هناك ــ على الأقل ــ الحرب الدفاعية . وطبيعى أن المعاهدات التى تنهى هذه الحرب لصالح المدافع المنتصر معاهدات مشروعة على الرغم من أنها تبرم تحت اكراه القوة . ثم إن الأخذ بهذا الرأى يعنى أن الحلال بين والحرام بين وأن تحديد من هو المعتدى ومن هو المعتدى عليه هو أمر من السهولة بمكان مع أن الفقه مقر فى شبه اجماع على أن تعريف العدوان فى القانون الدولى هو من الأمور التى تكاد تستعصى على الحل . وحتى إذا وجد التعريف ــ شأن التعريف الغامض الذى أقرته الأمم المتحدة ــ فانّ تطبيقه على واقع الحال يوشك أن يكون ضربا من المتعذر . (راجع كتاب المؤلف ــ الغنيمى الوجيز فى قانون السلام ، الاسكندرية ١٩٧٧ ، ص ١٠٩ ــ ١١٢) . أما القول بأن المعاهدات التى تبرم باسم الجماعة الدولية تعتبر معاهدات مشروعة فقول يغرق فى الخيال لأنه يفترض وجود سلطة تمثل الجماعة الدولية وتشن الحرب باسمها وتبرم معاهدات الصلح تحت علمها ، وهذا ماعجزت الأمم المتحدة ــ على الرغم من تعدد النصوص فى ميثاقها ــ عن تحقيقه ــ ولعل الفقهاء

الغربيين يريدون بذلك أن يدعوا أن دول الحلفاء فى الحربين العالميتين الأولى والثانية قد أعلنت الحرب باسم الجماعة الدولية ووقعت معاهدات الصلح لصالحها . فان كان هذا هو منطق الرأى فاننى فى غنى بذكره على علاته عن أن اضيف قولا آخر لتفنيده .

ويجد الفقه صعوبة فى تأييد مذهبه هذا بالسوابق الدبلوماسية أو القضائية ، ولذا يدور فى فراغ . ثم هو كذلك يقع فى الخطأ التقليدى وهو الخلط بين المعاهدات وبين العقود . وهذا فضلا على أن القول بأن الاكراه الذى يمارس ضد الدولة ذاتها لكى يعتبر من قبيل الاكراه المبطل للمعاهدات لابد أن يتصور مجتمعا دوليا فاضلا تحكمه المثالية والافكار الخيالية . إن كل ما لهذا الرأى من أثر هو تشتيت الفكر واشاعة البلبلة فى العلاقات الدولية إذ يقدم للدول ذرائع جديدة للتخلص من التزاماتها فى شكل دفع بالاكراه .

وإذا كان هذا هو الرأى فى القانون الدولى الوضعى فان الأمر لا يختلف كثيرا فى النظرية الإسلامية . إن الاكراه نظرية تتفق — فى رأيى — مع الارادة الحرة الواعية والعلاقات الفردية حيث تلعب الأحلاف والاعتبارات الاجتماعية دورا فى تحديد الروابط الشخصية . أما العلاقات الدولية فتقوم أساسا على المصلحة وليس لها جانب أخلاقى وإن صح أن النظرية الإسلامية ترسم لها اطارا سلوكيا يستبعد التدنى فى مراعاة المصالح عن حد معين من القيم العالمية . ثم ان الارادة التى تتمتع بها الدولة — بوصفها شخصا معنويا على نحو ما أبين فى حينه — ليست ارادة حرة واعية كتلك التى يتمتع بها الفرد وإنما هى ارادة اعتبارية افتراضية . ومن هنا فان الاكراه الذى يقع على الدولة يقع عليها بوصف أنها جمّاع معنوى لأشخاص يكونون الركن الاجتماعى وهو الشعب .

وإذن فالمصالح تبرر أن يكون الاكراه وسيلة من وسائل تحقيق هذه المصالح وضمانها ، بيد أن الاكراه يجب ألا يترتب عليه النيل من شعب الدولة على نحو تأباه الفطرة وتلفظه الإنسانية . وفى هذه الحدود لا أرى أن الاكراه يمكن أن يكون سببا مبررا لبطلان المعاهدة إذا نظرنا إلى الدولة كشخص معنوى . إن

القول بأن الاكراه الموجه للدولة ـــ بوصفها شخصا معنويا ـــ يمكن أن يبطل المعاهدة يحتاج إلى تحديد فى النظرية الإسلامية . ذلك أن العلاقات الدولية قد تنشأ بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر . وهذه علاقة يحكمها قانون عام اسلامى أكثر منه قانون دولى عام . وهذا طبعا هو حكم البغاة الذين يجب قتالهم حتى يفيئوا إلى امر الله .

وإما أن تنشأ بين دولة اسلامية ودولة غير اسلامية . والدول غير الإسلامية فى مجموعها ـــ من وجهة نظر المفهوم الإسلامى ـــ دار حرب ، وعلاقة الدولة الإسلامية بدولة من دول دار الحرب تتوقف على سياسة تلك الدولة من الدولة الإسلامية . فهى إن نهجت منهج الموادعة والمسالمة كان حكمها هو ماقررته الآية الكريمة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) . وعندئذ لا يقبل من المسلمين أن يمارسوا اكراها على هؤلاء لأن الاقساط لهم يتنافى مع الاكراه . وهنا أقول إن الاكراه يبطل أية معاهدة تبرم مع هؤلاء .

أما اذا عادوا الإسلام امتنع على المسلمين أن يتخذوهم اولياء بل وكان على الدولة الإسلامية أن تمارس ضد هؤلاء من الاكراه مايؤمن الدعوة الإسلامية . « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا اثخنتموهم فشدوا الوثاق » (محمد / ٤) . « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » (التوبة / ٥) . « وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا فى دينكم فقاتلوا ائمة الكفر إنهم لا إيمان لهم لعلهم ينتهون » (التوبة / ١٢) .

وعلى ذلك فان النظرية الإسلامية تجيز المعاهدات التى تبرمها الدولة الإسلامية مع دول الحرب الذين يناصبون الدولة الإسلامية العداء وتفتح عنوة . وذلك أقرب إلى الواقعية مما يزعم بعض الفقهاء وتذهب اليه أحكام وفاق فيينا لأن المصالح مبنى العلاقات الدولية والقوة هى محركها حتى أن لغة الساسة والدبلوماسية جرت على تسمية سياسات الدول بسياسة القوة politics

power . ولذا فشلت الجهود الفقهية التى حاولت أن تقيم نظرية فى خصوص المعاهدات غير المتكافئة اى المعاهدات التى تنطوى على انعدام المساواة فى المراكز التعاقدية بين طرفيها واختلال فى الامتيازات والالتزامات الناشئة منها بالنسبة لكل منها بحيث يؤدى استمرارها إلى انتهاك سيادة الطرف الأضعف واهدار مصالحه الحيوية . (راجع خليل اسماعيل الحدينى ـــ المعاهدات غير المتكافئة المعقودة وقت السلم ، رسالة ماجستير غير منشورة قدمت إلى كلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة القاهرة ١٩٧٥) . إذ لم يتمكن الفقه من أن يجعل من عدم التكافؤ ـــ فى حد ذاته ـــ سببا مستقلا من أسباب بطلان أو ابطال المعاهدة ومن ثم فان الاستناد إلى عيوب الإكراه ـــ عند من يرون أنها تطعن على سلامة المعاهدة ـــ للقول بأنها معاهدة غير متكافئة هو من قبيل الخلط بين هذه العيوب وبين عدم التكافؤ كعيب له ذاتيته أو هو ادماج لعدم التكافؤ واذابة له فى اسباب تقليدية لبطلان المعاهدة . وفى قول آخر فان المعاهدات غير المتكافئة هى معاهدات مشروعة فى النظرية الإسلامية إذا أبرمت مع دولة معادية تتخذ موقفا عدائيا ايجابيا من الدولة الإسلامية لاسيما مايطلق عليها مصطلح « بلاد العنوة » اى التى تفتح قهرا .

أما الاكراه الذى يمارس ضد ممثل الدولة فحكمه فى رأيى كحكم الاكراه الذى يوجه ضد الدولة وإنما فى معنى أن الاكراه الذى يمارس ضد ممثل الدولة المعادية التى تناصب الدولة الإسلامية العداء لايبطل المعاهدة التى تبرم فى ظل هذا الاكراه .

وقد جاءت الآية الخاصة بأهل الكتاب أكثر وضوحا واثباتا فى أن الاكراه لا يعد عيبا مبطلا للمعاهدة فيما قدمت من فروض وهى قوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » (التوبة / ٢٩) . وسواء فهم الصغار فى الآية على أنه الرضا بالذل أم على أنه اصرار احكام الإسلام عليهم مع انهم ممتنعون من الدخول فى الإسلام

فان الاستشهاد بالآية سليم فى خصوص الاكراه مع ملاحظة أن من تنطبق الآية فى حقهم هم تلك الفئة من أهل الكتاب الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ، الأمر الذى يسمح لى بأن اعمم الاستشهاد بها على غير المسلمين من أهل الكتاب وغيرهم بحيث يكون اكراه هؤلاء عن يد وهم صاغرون على الكف عن العدوان عن الإسلام هو قاعدة من القواعد العامة التى تقبلها النظرية الإسلامية . ويؤكد هذا فى مفهومى أن اضيف قوله تعالى « يايها النبى جاهد الكفار والمشركين واغلظ عليهم » (البقرة / ٧٣) فهذا أمر للنبى ـــ وتبعا للمؤمنين ـــ بأن يشتدوا على الكفار والمشركين ، والاكراه صورة من صور هذه الغلظة والشدة .

وهذا مايؤيده فى نظرى قول القلقشندى عن المعاهدات التى تبرم بين طرفين أحدهما مضعوف والآخر قوى يقول الفقيه « وإن كانت المعاهدة من قوى لضعيف أخذ فى الاشتداد آتيا بما يدل على علو الكلمة وانبساط القدرة وحصول النصرة واستكمال العدد وظهور الأيد ووفور الجند وقصور الملاك عن المطاولة وعجزهم عن المحاولة ونحو ذلك مما ينخرط فى هذا السلك لاسيما إذا كان القوى مسلما والضعيف كافرا ..

وإن كانت الهدنة من ضعيف لقوى أخذ فى الملاينة بحسب مايقتضيه الحال مع اظهار الجلادة وتماسك القوة خصوصا إذا كان القوى المعقود معه الهدنة كافرا » . (صبح الاعشى ـــ المرجع السابق ، ج ١٤ ص ١٢ ـــ ١٣) .

بقى الكلام عن عيوب الرضا الاخرى وهى الغلط أو الخطا والغش والتدليس ، وهذه عيوب تتعلق بارادة الاقرار وتبعا فلا يكون تصورها بالنسبة للشخص المعنوى . وإذن فلا نقبل أن نناقش أثر هذه العيوب على ارادة الدولة لأن الدولة لاتملك الارادة التى يمكن أن ترد عليها العيوب السالفة .

إن هذه العيوب ـــ أن صح توافرها ـــ قد تعيب ارادة ممثل الدولة ، ولذا

فان مناط البحث هو مدى تأثير الغلط أو الخطأ والغش والتدليس الذى يعيب ارادة ممثل الدولة على صحة المعاهدة ــ والقول عندى إننا إذا كنا نتكلم عن ممثل الدولة الإسلامية فان من الصعب أن نتصور توافر هذه العيوب على أساس أن المعاهدة لاتصح إلا اذا خضعت لاجراء الشورى ، وفى اجراء الشورى اتقاء لمثل هذه العيوب وحماية ضد آثارها فى الارادة وإن قيل : ولكن المعاهدة قد تتم دون شورى فما الحكم إذن . نقول حكمها هو ما اسلفت فى خصوص المعاهدة التى تفتقر إلى اجراء الشورى . فهى معاهدة فاسدة . فاذا قيل : ولكن العيوب التى تعيب الارادة تمس ركنا فى العقد فتبطل العقد وهى بذلك اقوى أثرا على العقد من عدم توافر الشورى . قلت : إن الأثر النهائى واحد من حيث بطلان أو ابطال المعاهدة ، ومع ذلك فان صاحب المصلحة يكون بالخيار بين أن يستند إلى اى من الطعنين للطعن على المعاهدة . على أن هذه العيوب لاتعتبر إلا اذا نالت من ارادة الامام أو ممثله المفوض ــ اى وزير التفويض حسب التعبير التقليدى ــ وقد مر بنا أن للامامة شروطا إن توافرت فى صاحبها يصعب أن نتصور كيف يمكن أن يخطىء أو يدلس عليه إلى الحد الذى يجعل هذا الخطأ أو التدليس عيبا فى الارادة مبطلا للمعاهدة . إن الأخذ بعيوب الرضا فى المعاملات العادية فرض يمكن أن يتحقق لأن ذوى الكياسة والعقول الراجحة والمعرفة الواسعة ليسوا هم الغالبية فى اى مجتمع أما بالنسبة للامام ــ وهو العالم الكيس الفطن الحكيم ــ فان ماقد ينزلق اليه من خطأ أو يقع فيه من غش لايتصور أن يكون حجمه هو الحجم المتطلب للحكم ببطلان التصرف لاسيما فى عصر التقدم العلمى المذهل ناهيك بدولة لها أجهزتها

أما وزير التفويض فعمله ــ كما قلت آنفا ــ يخضع لمراجعة الامام فان رأى الامام ــ بحكمته وثاقب فكره ــ أن يفوضه تفويضا قاطعا فلا بد أن يكون قد أنس منه الكفاية والدراية التى تبعده عن الخطأ والغش المبطلين للتصرف .

فان كان الامام ومفوضه دون المستوى الذى تتطلبه النظرية الإسلامية ولا تتوافر فيهما شروطها فاننا نكون قد خرجنا على احكام النظرية ولا يجوز

تبعا أن تؤصل الامور على هدى من مبادئها لان الحكم عندئذ يكون لغير ماامر به الله .

اخلص من كل ماسبق إلى أن عيوب الرضا التى تبحثها دراسات القانون الخاص لاتصلح لدراسات قانون الأمم الإسلامى ويكفى لسلامة المعاهدة أن تكون الارادة الظاهرة قد تم الاعراب عنها بالوسائل والعبارات المعبرة عنها فحسب وأن يكون الاجتهاد قد توفرت فيه شروطه .

فاذا قيل: ولكن ما الحكم إذا تغلب على الحكم الإسلامى حاكم دون أن يستوفى الشروط الإسلامية لاسيما وأن الفقهاء يرون أنه إذا كان عدلا أمينا قادرا على القيام بعبء الحكم الإسلامى وارتضاه الناس فانه يكون حاكما واجب الطاعة أقول : إن كثيرا من الفقهاء لايسمون هذا الحاكم بالخليفة بل يسمونه ملكا عادلا أو ملكا طبيعيا كما قال ابن خلدون لقيامه على الاستبداد وهو ماترفضه تعاليم الإسلام — ويسميها ابن تيمية خلافة الملوك ، ويمكن أن نسميها بالولاية الدنيوية . وإنه وان وجبت طاعته فيما ليس بمعصية لأن الحكم فى ظله ضرورة لحفظ الإسلام والمسلمين والضرورات تبيح المحظورات إلا أنه يجب اصلاحه بالحسنى وبكل الوسائل الممكنة لان الدين النصيحة والسعى فى تغييره من غير فتنة ولا فساد فى الأرض ولا قتال لأن الفساد فى القتال والفتنة أعظم من الفساد الحاصل بظلمهم بدون قتال ولا فتنة . ولأن الرسول ﷺ قال : « من ولى عليه وال فرآه يأتى شيئا من معصية الله فليكره مايأتى من معصية ولا ينزعن يدا من طاعة » وإذن فالفرض المبحوث يعتبر استثناء فى النظرية التقليدية .وضرورة تأخذ حكم الضرورات من تقبل المحظورات واجازة الممنوعات ولكنه لايعتبر سابقة . اما إذا نظرنا اليه نظرة معاصرة فان حكمه يأخذ مايجرى عليه العمل الدولى المعاصر ، وعندئذ تندمج النظرية الإسلامية فى خصوص شروط صحة المعاهدة ، مع النظرية المعاصرة وقد لخصت حكم النظرية المعاصرة فيما سلف من مقارنة .

وهناك عيب آخر سجلته أحكام وفاق فينا تنص عليه م ٥٠ ويتصل بافساد ممثل الدولة إذ تسمح للدولة بأن تدفع بافساد ممثلها لابطال المعاهدة التى تم الاتفاق عليها عن طريق هذا الممثل الذى جرى افساده بطريق مباشر أو غير مباشر . وتعريف ماهو افساد ليس ميسورا فكثيرا مايجرى فى العمل تقديم الهدايا ومنح النياشين كرمز للاحتفال بابرام معاهدة . ولذا حاولت لجنة القانون الدولى وضع معيار فقالت إن الفساد يشير فقط إلى التصرفات التى تمارس تأثيرا جديا على تصرفات الممثل فى ابرام المعاهدة . ولكن النظرية الإسلامية كانت اكثر تشددا فيما يمكن أن يعتبر افسادا للممثل وذلك دفعا لاية مظنة . ويمكن أن نستنبط فلسفة النظرية الاسلامية فى ذلك من السابقة التى حصلت فى عهد الرسول « المروية فى الصحيحين من أن النبى استعمل رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدى لى ، فقال النبى : مابال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدى الى . والذى نفسى بيده لايأخذ منه شيئا الا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته أن كان بعيراله رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تغثو.. ثم رفع يديه حتى أدنا عفرتى ابطه وقال « اللهم هل بلغت ، اللهم هل بلغت ثلاثا ». ومن هذا الحديث ندرك أن المعيار الذى يحدد استغلال النفوذ هو استفادة الموظف المادية من وجوده على العمل حتى ولو لم يكن الأمر رشوة وقد علق ابن تيمية على ذلك بقوله « وكذلك محاباة الولاة فى المعاملة من المبايعة والمؤاجرة والمضاربة والمساقاة والمزارعة ونحو ذلك من الهدية » .

— **مدة المعاهدة** : يرى الشافعية والحنابلة أن المعاهدة لابد أن تكون موقوتة بأجل معين وإلا كانت غير جائزة لان المعاهدات الدائمة تؤدى إلى ترك الجهاد بالكلية . وفى تفصيل مدة المعاهدة يفرق الفقهاء التقليديون بين المعاهدات ذات الطبيعة الدستورية التى ابرمها الرسول — ومن بعده خلفاؤه — مع الذميين وغيرها من المعاهدات .

ويتفق الفقهاء على أن معاهدات الفئة الأولى — اى المبرمة مع الذميين

بوصفهم هذا ـــ معاهدات دائمة ابدية . وكانت أول معاهدة ابرمها الرسول هى عهد المدينة الذى عاهد فيه اليهود على السلم وحسن الجوار وكانت دائمة غير موقوتة . ومعاهدة بنى ضمرة ونصوصها تدل على أنها دائمة غير موقوته بمدة معينة (على على منصور ـــ الشريعة الإسلامية والقانون الدولى العام ، بالقاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٣٧٦) .وإن كنت أرى أن وثيقة المدينة ليست معاهدة وإنما هى دستور الدولة الجديدة .

أما الفئة الثانية فيقسمها الفقهاء إلى قسمين : تفرض لهم عهدا مؤقتا لم ينقضوه ولم يظاهروا علينا ، وقد امر الله أن يتم لهم عهدهم إلى مدته ، وقسم من لم يكن لهم عهد ولم يحاربوه ، أو كان لهم عهد مطلق ، وهؤلاء أمر الله أن نؤجلهم اربعة اشهر « براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر واعلموا انكم غير معجزى الله وأن الله مخزى الكافرين » (التوبة/ ١/ ٢) . إن الآية قد أمهلت المشركين أربعة أشهر لا يتعرضون خلالها لايذاء أو عدوان فان تابوا خلال هذه المهلة عدوا من المسلمين أما إذا تولوا وانقضت المهلة دون أن يتوبوا عن الشرك فان الآية تنذرهم بأنهم غير معجزى الله وأن الله مخزيهم .

بيد أن هذا الحكم يتطلب فى المسلمين قوة تسمح بأن يفرضوا شروطهم على الكفار وأن يتوعدوهم إن هم لم يستجيبوا لدعوة الإسلام خلال الأشهر الأربعة ، ولهذا فإن تحديد أجل المعاهدة بعدة أشهر فى اقصاه مشروط بأن يكون المسلمون فى حالة قوة .

ولكن ما الحكم لو أن المسلمين كانوا فى حالة ضعف وليس فى مكنتهم أن يملوا شروطهم أو أن يقابلوا قوة المشركين بما يغلبها ، يرى الفقهاء أن ولى الأمر عليه فى هذه الحالة أن يبرم المعاهدة لأجل يتجاوز السنة إلى عشر سنوات حسبما تقتضيه حاجة المسلمين ومصلحتهم . فان عقدت المعاهدة لاكثر من عشر سنوات بطلت فيما زاد عن السنوات العشرة فى مذهب الشافعية ـــ والامام احمد فى بعض الروايات ـــ وإن جاز تجديدها بعهد آخر لمدة أخرى إذا بقيت حاجة المسلمين إلى عقدها . وحجة هؤلاء أن الله تعالى قال « فاقتلوا المشركين

حيث وجدتموهم » (التوبة/٥) . وهذا حكم عام لكنه خصص بسنة الرسول فى صلح الحديبية إذ هادن الرسول المشركين عشر سنوات ومن ثم فان ماتجاوز السنوات العشر يبقى حكمه على مقتضى العموم وهو الأمر بقتال المشركين . ومن الفقهاء من قصر الأجل على عامين أو ثلاثة بدعوى أن صلح الحديبية لم يستمر عملا إلا لتلك المدة القصيرة . وجازت عند الحنفية إذا اقتضت مصلحة المسلمين ذلك . وحجة الحنفية أن الأمر بقتل المشركين الذى وردت به الآية السالفة قد خصصت منه العشر السنوات بمعنى هو أن مصلحة المسلمين قد تتحقق عن طريق المعاهدة اكثر منها عن طريق الحرب وهذا المعنى كما يوجد فى السنوات العشر يمكن أن يوجد فيها أو عليها (محمد بن احمد الرملى ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج . القاهرة ١٩٣٨ ، ج ٨ ص ١٠١) . ولايجيز التقلديون ـــ فى حالة قوة المسلمين ـــ أن تصل مدة المعاهدة إلى سنة لأن السنة هى المدة التى يدفع فيها الجزية فيمتنع تقرير المشركين فيها دون أن يدفعوا الجزية للمسلمين . وكذلك لايجوز على الرأى الراجح عند الشافعية أن تكون مدة المعاهدة زائدة على أربعة اشهر ودون السنة .

والحق أن تقسيم الفقهاء القدامى للمعاهدات ـــ من حيث المدة ـــ تقسمة اجتهادية ربما كانت تتفق مع الحياة الدولية فى العصر العباسى . ولكننى استبعد أن تكون قاعدة من قواعد النظام العام الإسلامى التى يجب عدم مخالفتها . ذلك اولا أن انقسام العالم إلى دار اسلام ودار مخالفين ليس له أساس فى مصادر الشريعة الإسلامية الغراء . وهى التقسمة التى بنى منطقها على فكرة المعاهدات الدائمة مع غير المسلمين . أما التأسى بمثل الرسول فى الحديبية فهو بعيد عن المنطق لأن الرسول ابرم هذه المعاهدة فى ظروف سياسية معينة لمواجهة حاجات معينة وبوحى إلهى . وطبيعى أن الظروف تختلف والحاجات تتغاير ولايمكن مع هذا الاحتمال فى التبدل أن نتخذ من عنصر الأجل الذى حدد أساسا يبنى عليه حكم عام إذ ماكان للرسول أن يهادن الكفر مؤبداً . وإذن فالقاعدة الإسلامية التى يمكن استنباطها من معاهدة الحديبية هو جواز عقد معاهدة بين المسلمين وغير المسلمين . أما شروط المعاهدة ومدتها فتدخل فى حكم قوله ﷺ « أنتم أعلم بامور دنياكم » .

ثم إن الفقهاء القدامى اذنوا ـــ مجمعين ـــ بان تتجاوز المعاهدة الآجال التى حددوها إذا دعى إلى ذلك ضعف الدولة الإسلامية فاذا كان الأصل أن تبرم المعاهدة لأربعة اشهر والاستثناء هو تجاوز هذه المدة إلى عشر سنوات عند البعض بسبب عدم قدرة الدولة الإسلامية فانى اتساءل كيف يمكن أن نضع حدا اقصى كقاعدة عامة لأجل المعاهدات ونتصور أننا بذلك نضع حكما صالحا لكل زمان ومكان لاثنى عشر قرنا مضت منذ أن قال الفقهاء بهذا الرأى . أن المناط هو مصلحة الدولة ومن ثم فان المنطق يتطلب أن نطلق لهذه المصلحة العنان فلا نحدها بأجل معين لاسيما وأن من الذين قالوا بهذا الاجل من اضطر إلى قبول تجديد المعاهدة لآجال متتالية .

إن مذهب الحنفية ـــ فى هذا الخصوص ـــ هو اكثر المذاهب اتساقا مع الذوق القانونى والواقع العملى والمصلحة الفعلية للدولة الإسلامية .

إن الرأى ـــ فيما ارجح ـــ هو أن نطلق اجل المعاهدات فلا نحد ذلك بحد معتمدين على رعاية ولى الأمر لصالح الدولة ومايراه ويقدره محققا لذلك الصالح فيبرم المعاهدات للأجل الذى يتكفل بذلك الصالح ويرعاه . ولامنطق فى ذلك التفصيل الذى ذهب اليه الفقه التقليدى الإسلامى فيما فرضه من آجال للمعاهدات . فان ابرمت المعاهدة لأجل غير محدد كانت لازمة . وإن دعت المصلحة العامة للمسلمين إلى تقايلها فان ذلك يمكن أن يتم طبقا لقواعد انهاء المعاهدات التى نتكلم عنها فى حينها من هذه الدراسة .

٣ ـــ **عدم مخالفة أحكام المعاهدة لقواعد النظام العام الإسلامى** . ذلك أن الأحكام فى الشريعة الإسلامية تختلف من حيث قوة الالزام . ويقسم الفقهاء الاحكام ـــ من هذه الناحية ـــ إلى حكم تكليفى وحكم وضعى . والحكم التكليفى هو مااقتضى فعلا من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين فعل والكف عنه . وأما الحكم الوضعى فهو ما اقتضى جعل شيء سببا لشيء(١) والحكم عند الأصوليين هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين ، طلبا أو تخييرا أو منعا . وعند الفقهاء التى هى أثر ذلك الخطاب .

ويتطلب القلشقندى ألا يكون فى المعاهدة شرط يأباه الإسلام كما لو شرط أن يترك بأيديهم مال مسلم أو ان يرد عليهم أسير مسلم انفلت منهم أو شرط لهم على المسلمين مال من غير خوف على المسلمين أو شرط رد مسلمة اليهم فلا تصح المعاهدة مع شيء من ذلك ، بخلاف مالو شرط رد الرجل المسلم أو المرأة الكافرة فانه لايمنع الصحة — (صبح الأعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ، ص ٧ — ٨) . ورأى الأعشى هذا وإن صح من حيث المبدأ فإن الأمثلة التى ضربهافيها قولان إذا قومناها على هدى من معاهدة الحديبية .

والفرق بين الحكم التكليفى والحكم الوضعى :

١ — أن الحكم التكليفى يقصد به أداء عمل أو الكف عنه أو التخيير بين الأداء والكف ، أما الحكم الوضعى فيقصد إلى بيان أن شيئا سبب لمسبب أو انه مانع من الحكم .

٢ — أن مايطلبه الفعل التكليفى لابد أن يكون قدرة المكلف . أما الحكم الوضعى فقد يكون فى مقدور المكلف بحيث إذا باشره ترتب عليه اثره وقد لايكون فى مقدوره بحيث إذا وجد ترتب عليه اثره . ولما كان الحكم الوضعى لا يرتبط بفكرة النظام العام فاننى أكتفى بكلمة اضافية عن الحكم التكليفى لتعلقه بتلك الفكرة .

ينقسم الحكم التكليفى إلى ايجاب (اى واجب على وجه التحكيم والالزام) وندب (اى ليس على وجه التحتيم والالزام) وتحريم (أى كف على وجه الالزام) وكراهة (أى كف ولكن ليس على وجه الالزام) وتخيير (بين فعل الشيء وتركه وهذا هو المباح) .

ويقسم الحنفية الحكم التكليفى إلى سبعة أقسام هى الفرض والواجب والمندوب والمحرم والمكروه تحريما والمكروه تنزيها والمباح . وأحكام النظام العام على هذا التقسيم تشمل الفرض والواجب والمحرم ويمكن أن ندخل فيها — من باب التحرز — المكروه تحريما .

وعلى هذا فان أحكام النظام العام — من بين الأحكام التكليفية — هى إيجازا الأحكام المتعلقة بما هو واجب وماهو محرم

وإذن فأحكام المعاهدات يجب ألا تتضمن — أخذا برأى جمهور الفقهاء — حكما يخالف ماهو واجب أو ماهو محرم والا كانت غير صحيحة . وقد جاء ذلك فى الحديث الشريف « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » .

ويناقش الفقهاء فى معرض الكلام عن عدم جواز مساس أحكام المعاهدة بقواعد النظام العام الإسلامية — عددا من الفروض لعل من أبرزها البحث الخاص بمدى سلامة معاهدة الصلح التى تبرمها دولة اسلامية مع دولة غير اسلامية تتعهد فيها الاولى بأن تدفع للثانية مبلغا من المال .

اختلف الفقهاء فى هذا الفرض فقال أحمد بن حنبل والشافعى بعدم جواز ذلك لأنه يظهر الدولة الإسلامية أمام اعدائها بمظهر الضعف والذلة على خلاف قوله تعالى « فلا تهنوا ولا تحزنوا وأنتم الأعلون إن كنتم مؤمنين . (سورة آل عمران ١٣٩ » .

ويتطلب القلشقندى شرطا فى المعاهدة أن يكون فيها مصلحة للمسلمين بأن يكون « فى المسلمين ضعف أو فى المال قلة أو توقع اسلامهم بسبب اختلاطهم بالمسلمين أو طمع فى قبولهم الجزية من غير قتال وانفاق مال . فان لم تكن مصلحة فلا يهادنون بل يقاتلون حتى يسلموا أو يؤدوا الجزية إن كانوا من أهلها » (صبح الاعشى — المرجع السابق ، ج ١٤ ، ص ٧) . ولكن فريقا من الفقهاء أجاز ذلك بحجة أن الرسول دفع مبلغا من المال لعيينة بن حصن أثناء الحرب كما احتجوا بقاعدة أخف الضررين أى دفع الضرر الاكبر بالضرر الأصغر . وقد عرف الرأى الأخير مجاله فى التطبيق العملى فى بعض السوابق الفعلية . من ذلك معاهدتا الصلح اللتان ابرمهما كل من معاوية بن أبى سفيان وعبد الملك بن مروان مع البيزنطيين على أن يدفعا لهم مبلغا من المال حتى يأمنا شر هجومهم على الدولة الإسلامية بينما كان كل من الخليفتين مشغولا بالفتن الداخلية .

وفى الرأى الذى اعتمده — بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات — فان مثل هذا الشرط يصح إذا دعت اليه ضرورة ملحة كأن يُخاف على المسلمين

الهلاك أو الأسر لأن المال هنا يكون بمثابة افتداء للأمة . وهو وأن كان صغارا إلا أنه يدفع صغارا أدهى وأمر وهو القتل والأسر والسبى . ولعل سابقة عرض الرسول على غطفان فى موقعة الخندق نسبة من تمر المدينة مايؤيد جواز مهادنة العدو فى حالة الضعف على أن ندفع له مالا .

٤ ــ الرهائن ، فقد تأثر العمل الدبلوماسى الإسلامى ــ فى ابرام المعاهدات ــ بما كان شائعا فى وقته فكثيرا ماكان الطرفان يحتجزان رهائن من بعضهماالبعض لضمان تنفيذ المعاهدة .

وإذا كان الرهائن المسلمون كثيرا مايقتلون غدرا فان رهائن غير المسلمين كانوا يعاملون فى دولة الإسلام بالتجلة والاحترام . وكانت عادة المسلمين اطلاق الرهائن وحراستهم إلى مأمنهم إذا ما انتهكت دولتهم المعاهدة ونشبت الحرب ، فى حين كان العرف السائد عند غير المسلمين هو أسرهم أو قتلهم .

وقد اضطر معاوية بن أبى سفيان عند عقد معاهدة الصلح مع البيزنطيين أن يأخذ منهم رهائن ضمانا لعدم غدرهم ولكنهم غدروا به ، فرد عليهم الرهائن قائلا إن مقابلة الغدر بالوفاء خير من مقابلة الغدر بالغدر .

وبدهى أن اجراء أخذ الرهائن ليس حكما من أحكام النظرية الإسلامية وإنما هو تصرف دعت اليه ظروف الحياة الدولية فى حينه تطبيقا لمبدأ المعاملة بالمثل . ومن ثم فاننا فى غنى عن أن نناقشه بمزيد من التفصيل (Hamidullah, Muhammad-The Muslim Conduct of State, Hyderabad, 1945, P. 276) .

وكان الرومان يسيرون على قاعدة أخذ الرهائن من الخصم ولا يعطون هم رهائن من قبلهم لان اعطاء الرهائن فى نظرهم كان دليلا على أن من يعطيها هو فى مركز أدنى ممن يأخذها . وكان عدد الرهائن يعتمد على أهمية المعاهدة . ويعاد الرهائن إذا تحقق الشرط الذى أعطوا من أجله وإذا لم يحدد اجل بقوا أبدا مثل حالة ديمتريوس ابن كسكلوس الرابع.وإذا لم يتحقق الشرط فقد يتعرض الرهينة لاجراءات غير رحيمة . والذى يستقر عليه القانون الدولى المعاصر هو تحريم أخذ الرهائن ، وهو اتجاه لا يتعارض مع نمط النظرية الإسلامية .

بقى فى تقويم الاحكام الموضوعيه للمعاهدة فى النظرية الإسلامية أن اناقش علاقتها بالاحكام التى وردت فى شرائع الانبياء الذين سبقوا محمدا عليه الصلاة والسلام فى تبليغ رسالته . والذى يدعونى إلى مناقشة هذه النقطة هو واقع الجماعة الدولية المعاصرة التى ترابطت اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا على نحو غير مسبوق فى تاريخ البشرية بحيث يصعب على الدولة الإسلامية الآن أن تقف بمعزل عن الدولة المخالفة بل وإن دخولها فى معاهدات تتضمن أحكاما من شرائع سابقة امر لابد أن يثور فى أكثر من مناسبة ، ولذا كان لزاما أن نعرض بكلمة سريعة لمدى سلامة المعاهدة التى تبرمها الدولة الإسلامية وتتضمن أحكاما من تلك الشرائع . والسؤال هنا لا يفترض وجود الظروف الاستثنائية التى تبرر أحكاما غير الاحكام العادية . لقد تعرضت لأحكام « شرع من قبلنا » وعلاقة الشريعة الإسلامية بما سبقها من شرائع فى موقع آخر من هذا السفر ولكنى لا أرى غضاضة فى أن أعرج عليها هنا بعجالة . يقسم الفقهاء ــ عند بحث هذه المسألة ــ الاحكام الواردة فى شرائع السابقين إلى :

١ ــ أحكام لم يرد لها ذكر فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله . وهذه متفق على أنها ليست مشروعة للمسلمين .

٢ ــ أحكام وردت فى القرآن الكريم أو جاءت على لسان الرسول وهذه تنقسم بدورها إلى ثلاث فئات :

(أ) أحكام قام الدليل على أن الله رفعها عن المسلمين ، مثال ذلك الغنائم التى يستولى عليها القائمون فى الحروب فقد قال الرسول « أحلت لى الغنائم ولم تحل لاحد قبلى » ، فهذه بالاتفاق لاتلزم المسلمين .

(ب) أحكام قام الدليل فى الشريعة الإسلامية على أنها مشروعة فى حق المسلمين ، فهذه يجب على المسلمين أتباعها ، مثال ذلك قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » (البقرة / ١٨٣) .

(ج) أحكام مطلقة مسكوت عن حكمها إذ لم يرد دليل مشروعيتها كما لم يرد دليل بعدم مشروعيتها كقوله سبحانه وتعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » (البقرة / ٢٨). وهذه يختلف الفقهاء حول حكمها فمنهم من يرى أنها ليست شرعا للمسلمين لأن الأصل فى شرائع من قبلنا هو الخصوص بقوم معينين أما الشريعة الإسلامية فعامة وناسخة لما قبلها ، وعلى هذا بعض أصحاب الشافعى وأحمد فى رواية والأشاعرة والمعتزلة . ومنهم من قال بأن هذه الأحكام تكون شرعا فى حق المسلمين وعليهم اتباعها لأن ورودها فى القرآن أو السنة دون انكار هو اقرار ضمنى لها ، ومن هؤلاء اصحاب ابى حنيفة وبعض المالكية وبعض أصحاب الشافعى ورواية عن أحمد . وحجتهم فى ذلك قول العزيز الحكيم « شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا والذى أوحينا اليك وماوصينا به ابراهيم وموسى وعيسى » (الشورى / ١٣) ، وترتاح نفسى لهذا الرأى الأخير لأنه اكثر انسجاما مع تحقيق أساس من الأسس الإسلامية الجوهرية وهى تحقيق الكلمة السواء بين المسلمين وأهل الكتاب « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء » (ال عمران / ٦٤) ، ثم انه أكثر اتساقا مع واقع الحياة الدولية اليوم . هذا فضلا على أن سوابق الرسول الكريم تكاد ترجحه فهو كان أكثر ميلا لموافقة أهل المدينة فيما لم ينزل فيه حكم ، كما فى صوم عاشوراء .

ويمكن أن اخلص مما سلف إلى أن الدولة الإسلامية تستطيع أن تبرم مع دولة مخالفة — بل مع دولة اسلامية اخرى — معاهدة تتضمن أحكاما مستمدة من شرائع من قبلنا مادام أن هذه الأحكام قد أقرتها نصوص القرآن والسنة أو على الأقل أوردتها على اطلاقها دون اقرار أو انكار — ولاشك أن هذا يضفى على العلاقات الدولية سمات ويوفر لها اعتبارات تجعل تلك العلاقات أكثر يسرا ومرونة .

فاذا أضفت إلى ذلك أن عددا من الفقهاء — ومن اوائلهم سهيل — يرون أن الدولة الإسلامية يمكن أن تبرم معاهدات غير محددة الأجل مع المخالفين .

وأن هؤلاء المخالفين قد يكونون من أهل الكتاب وقد يكونون من غير أهل الكتاب فى معنى أن الطرف الآخر للمعاهدة التى تبرمها الدولة الإسلامية لايلزم حتما أن يكون دولة اسلامية بل يمكن أن يكون دولة تدين بعقيدة لها كتاب مقدس أو ليس لها كتاب مقدس بل إننا إذا أخذنا بوجهة النظر المالكية فان الدولة الإسلامية يمكن أن تعاهد الدول الوثنية . (راجع كتاب المؤلف : The Muslim Counception of Intcrenational Law and the Wostern. Approach. The Hague. 1968 pp. 197-98.) . نجد أن دائرة النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لتغطى العلاقات السلمية والمعاهدات الدولية التى تبرمها الدولة الإسلامية مع أية دولة أخرى بغض النظر عن عقيدتها كتابية كانت أم مشركة . « واوفوا بعهدى اوف بعهدكم واياى فارهبون » (البقرة/٤٠) .

أما وقد قدمت ماقدمت فان لنا ان نتساءل على هدى مما اسلفت عن حكم دخول الدولة الاسلامية فى المعاهدات الجارية حاليا فى الجماعة الدولية ، وأقصد هنا إلى معاهدات السلام ولا أناقش المعاهدات التى تبرم زمن الحرب .

إن هذه الانماط يجب ألا تتعارض مع القواعد الإسلامية الآمرة فان هى تعارضت كان دخول الدولة الإسلامية فيها مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام الإسلامى وتبعا لايجوز للدولة الإسلامية أن تدخل فى معاهدة كهذه . اما إذا كانت أحكام المعاهدة موافقة للاحكام الإسلامية الآمرة فلا غبار عليها وتبعا يجوز للدولة الإسلامية أن تدخل فيها .

وإذن فأول نقطة جديرة بالإقرار تتعلق بمبدأ ابرام معاهدة بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية: هل يجوز أن تكون الدولة الإسلامية طرفا فى معاهدة جماعية اطرافها الاخرون أو بعضهم غير مسلمين . ذكرت من قبل أن الإسلام دين سلام وأن العلاقات السلمية هى الاساس فى الروابط بين الدولة الإسلامية والدول غير الإسلامية . ولما كانت المعاهدة وسيلة من وسائل دعم العلاقات السلمية فانى — كما أسلفت — لا ارى غضاضة من حيث المبدأ فى أن تضم المعاهدة الدول الإسلامية وغير الإسلامية مادام أن ذلك يحقق صالح

للمسلمين . وتدل الممارسة الدولية على أن المسلمين — فى صدر بالإسلام — ابرموا معاهدات مع غير المسلمين .

النقطة الثانية هى موضوع المعاهدة إذ يجب — كما ذكرت — أن يكون موضوع المعاهدة مشروعا فى حكم النظرية الإسلامية فان لم يكن موضوعها ، مشروعا امتنع على الدولة الإسلامية أن تدخل فيها فلو أن هناك موادعة تجمع بين دول غير اسلامية تتغيا محاربة دولة أو دول اسلامية فى المجالات التجارية والاقتصادية يحرم على الدولة الإسلامية أن تكون طرفا فيها لأنها تناقض مبدأ الأخوة الإسلامية .

النقطة الثالثة تتعلق بالأحكام التى تحتويها المعاهدة . إذ لا يكفى أن يكون موضوع المعاهدة — أى غايتها أو هدفها — مشروعا بل إن احكامها يجب كذلك أن تكون مشروعة فى حكم النظرية الإسلامية ذلك أن المعاهدة — كما اسلفت — هى تشريع دولى وتبعا فانها تضع انماطا أو قواعد .

النقطة الرابعة هى مدة المعاهدة وقد انحزت إلى الرأى الذى لا يقيد المعاهدات مع الدول غير الإسلامية بمدة زمنية وتبعا فان للدولة الإسلامية أن تدخل مع دول غير اسلامية فى معاهدات غير محددة المدة بداءة . وإذا أردت أن اضرب مثلا عمليا لتطبيق ما أوضحت آنفا من أحكام واتخذت من ميثاق الامم المتحدة مثلا أجد أن موضوع الميثاق مشروع لانه ابرم لتحقيق السلم والامن الدوليين ودعم الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة الدولية وتلك مقاصد يستهدفها الإسلام . بيد أن من أحكامه مايثير التساؤل طبقا للنظرية الإسلامية . فهناك مثلا حق النقض (الفيتو) الذى تتمتع به الدول ذوات المقاعد الدائمة فى مجلس الامن وكلها دول غير اسلامية . إن هذا الحق يعطى للدول المذكورة علوية على الدول الإسلامية فى حين أن العلوية يجب أن تكون دائما للدول الإسلامية طواعية لقوله عز وجل « ولا تهنوا ولا تحزنوا وأنتم الاعلون إن كنتم مؤمنين » (آل عمران / ١٣٩) . بيدأن هذه العلوية محجوبة فى هذا الزمان عن الدول الإسلامية بسبب الضعف العسكرى والاقتصادى والتقانى الذى تعانيه فهى اذن فى وضع استثنائى يفرض

عليها حكم الضرورات التى تبيح المحظورات ولذا يمكن أن نقول تجاوزا إن الدولة الإسلامية تستطيع — على سبيل الاضطرار — أن تقبل هذا الحكم مؤقتا إلى أن تتوافر لها الشوكة التى تستطيع أن ترهب بها عدو الله وعدوها . لأن من أحكام ميثاق الامم المتحدة مالايتفق مع احكام النظرية الإسلامية ولذلك فان الرأى عندى هو أن مشروعية انضمام الدول الإسلامية إلى الميثاق لاتبررها إلا حالة الضرورة . وتبعا فان على الدول الإسلامية أن تضع فى اعتبارها أن عضوية هذا الميثاق لاتبررها إلا حالة الضرورة . وتبعا فان على الدول الإسلامية أن تضع فى الحسبان أن تعديل هذا الميثاق بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية غاية لاستمرار بقائها طرفا فيه إن هى بلغت شأوا يعدها لأن تتمسك بأحكام شريعتها الغراء والا وجب عليها عندئذ أن تنهى عضويتها إذا لم تتمكن من تنقيح الميثاق .

وقد يكون من المناسب أن أضيف كلمة هنا عن الانضمام إلى المعاهدات. وتنقسم المعاهدات — بالنسبة لهذه المسألة — إلى فئتين : فئة المعاهدات المقفلة التى لا تسمح للغير بالانضمام التلقائى إليها ، وفئة المعاهدات المفتوحة التى تحوى نصا يجيز انضمام الغير اليها .

وتعرف النظرية الإسلامية هاتين الفئتين : ومثل المعاهدات المقفلة معاهدات الأمان لدولة بعينها . ومثل المعاهدات المفتوحة معاهدة الحديبية فقد احتوت على نص صريح يجيز انضمام الغير اليها وتجرى عبارته على النحو التالى : « من أحب أن يدخل فى عقد محمد وعهده دخل فيه ، ومن أحب أن يدخل فى عقد قريش وعهدهم دخل فيه » . أى أن المعاهدة تفتح باب الانضمام أمام قبائل العرب كى تنضم إليها إلى جانب أحد الطرفين الأصليين .

وقد انضمت قبيلة بنى بكر ودخلت فى عهد قريش وانضمت قبيلة خزاعة ودخلت فى عهد المسلمين ، والطريف أن هذا الانضمام أدخل القبيلتين اللتين كانتا المبرر لفتح مكة إذا اعتدت حليفة قريش على حليفة المسلمين فاستجارت

خزاعة بالرسول فانتصر لها وزحف على مكة ثم كان الفتح المبين ودخول الناس في دين الله أفواجا .

وبدهي أننا لانتوقع أن يجرى الانضمام بالشكليات التي نعرفها اليوم عند الانضمام . ولكن الذي يهم هو أن مدرك الانضمام ـــ كقاعدة عامة ـــ كانت له تطبيقاته الواضحة في النظرية الإسلامية والدعوة لازالت في بداياتها .

التحفظات على المعاهدة :

لم تشغل مشكلة التحفظات بال الفقهاء الدوليين إلا مؤخرا ، ولعل مرجع ذلك هو إلى أن المعاهدات الجماعية ـــ وهي المجال الحقيقي للتحفظات ـــ لم تصبح واقعا جاريا في العمل الدولي إلا في تاريخ غير بعيد .
ولعل افتقار السوابق الإسلامية الأولى إلى المعاهدات الجماعية كان كذلك سببا في عدم تعرض النظرية التقليدية لهذا البحث اطلاقا .

وقد عرف مشروع هارفارد التحفظ بأنه بيان رسمي تخصص بمقتضاه الدولة ـــ لدى التوقيع على المعاهدة أو تصديقها أو الانضمام اليها ـــ أحكاما معينة تحد من أثر المعاهدة في علاقة الدولة بالدول الاخرى أطراف المعاهدة . وذلك كشرط لقبول الدولة أن تصبح طرفا في المعاهدة .

ومن ثم فان التحفظ يتميز بانه اعفائي أي يعفى الدولة من تطبيق بعض أحكام المعاهدة .

وقد تبنت عصبة الامم قاعدة القبول الجماعي للتحفظات إلى حد أنها أصبحت تعرف باسم قاعدة العصبة . ومعناها أن رضاء اطراف المعاهدة جميعا بما يرد عليها من تحفظات امر ضروري لسريان التحفظ . ولكن الامم المتحدة قررت ـــ بمناسبة التحفظات التي ارادت بعض الدول اجراءها على اتفاقية الاصطلام (ابادة الجنس البشرى) ـــ أن تستفى محكمة العدل في حكم التحفظات . وقد أفتت المحكمة في فتواها أن المشكلة تمس مبدأين جوهريين هما : أن الدولة لايمكن أن تتقيد في علاقاتها الوفاقية دون رضاها . وأنه لابد

لكافة الدول الاعضاء ــ كي تحافظ على وحدة الوفاق ــ من أن تقبل التحفظ . ولكن المحكمة اتجهت إلى التخفيف من حدة تناقض المبدأين انسجاما مع الصفة العالمية للامم المتحدة ومايستتبع ذلك من الحرص على توسيع رقعة الدول المنضمة إلى الوفاقات التى تتبنى الامم المتحدة مشروعاتها وانتهت إلى جواز اجراء التحفظات على المعاهدات حتى ولو كانت محل اعتراض من قبل اطراف آخرين فى المعاهدة مادام أن التحفظات تتفق مع اغراض وأهداف تلك المعاهدة . وإذا كان لكل دولة رخصة رفض التحفظ فانها يجب ــ فى ممارستها لهذه الرخصة ــ أن تهتدى بمعيار التناسق بين التحفظ وبين أهداف المعاهدة .

ولكن ماتحدثت به لاينفى أنه إذا كانت المعاهدة قد توقعت مشكلة التحفظات ونصت ازاءها على حكم فان هذا الحكم هو الذى يتبع إذ لااجتهاد مع النص إذا ثبتت قطعيته .

بعد هذا العرض السريع لحكم التحفظات فى القانون الدولى المعاصر اتجه إلى النظرية الإسلامية لاستجلاء حكم التحفظات فيها . إن هذا البحث فى نظرى يمكن استنباط افكاره العامة من الاحكام الخاصة بالشروط وذلك بالنسبة للدولة المتحفظة ــ ومن الاحكام الخاصة بالخيارات وذلك بالنسبة للدولة أو للدول الاطراف الاخرى فى المعاهدة.وإذا كنت استعين باحكام الفقه المعاصر فى وضع أحكام القانون الدولى فقد كانت تلك سنة الفقه الغربى عندما بدأ ارساء أحكام القانون الدولى الحديث ، فضلا على أننى اسلفت بأن القانون الدولى الداخلى فرعان من نظام واحد . ثم اننى لا آخذ الامور على عواهنها بل اسبغ عليها الطابع الدولى بما يناسب المقام . وأفصل ماأجملته فى السطور التالية :

الشرط ــ فى معناه الواسع ــ هو المتطلب الاساسى العام لمشروعية تصرف قانونى ، وهو بذلك يقابل العناصر الاساسية فى العقد التى يطلق عليها أركان العقد .

ذلك أن المتعاقدين يجدان فى بعض الاحيان أن الاثار التى رتبها الشارع على العقد لاتحقق اغراضيا فيضطرا إلى التغيير فيها اما بالزيادة أو بالنقص فى اثناء العقد . فيضيف احدهما فى الصيغة قيدا على هيئة شرط يقبله الآخر فيحد من اثر الصيغة الاصلية بالنسبة لأحدهما لصالح الآخر .

إننا إذا انعمنا النظر نجد أن التحفظ ـــ فى قانون الامم المعاصر ـــ لايمكن اضافته الا اثناء ابرام المعاهدة لان المتحفظ إذا كان طرفا فى المعاهدة وجب عليه أن يقدم تحفظه قبل اتمام اجراءات امضاء المعاهدة بتبادل التصديقات . وكما أن المنضم انما يبدى تحفظاته اثناء الانضمام ، اى اثناء صدور الايجاب منه بقبول الالتزام بأحكام المعاهدة ، فان الامر ـــ لسريان تحفظات معينة ـــ يتوقف على قبول الاطراف الاخرى ولذا فان التعريف الإسلامى يختلف هنا عن المفهوم المعاصر لوقت ابداء التحفظات .

ويقابل التحفظ فى النظرية الغربية أحكام الشروط للغير ـــ فى الشريعة الإسلامية ـــ ولايخلو امر هذه الشروط من أن تكون استقلالية أو تبعا لعقد . فان كانت استقلالية فهى لغو لاقيمة له فلا تلزم المشترط ولا المشترط له ولا القابل . والواقع أنه لايوجد شرط مستقل لان معنى الشرط أن يكون عقدا . وأن يشترط أحد العاقدين شيئا فيه ، وهذا هو الشق الثانى من البحث فيكون الشق الاول ـــ وهو وجود شرط استقلالى مجرد فرض .

وأما الشروط التبعية فهى أن يتعاقد اثنان أو اكثر عقدا ملزما ويشترط أحدهما فيه ويستوى الشرط لنفس العاقد أو للغير فما صح اشتراطه لاحد الطرفين يجوز اشتراطه للغير . ويصح الشرط فى العقد للغير فيما يقتضيه العقد وفيما لايقتضيه ولاينافيه ، ولا يصح فيما لا يقتضيه العقد وينافى المعقود عليه . على خلاف عرضت له عند الكلام على خيار الشرط .

إن الشرط بمفهومه العام السالف لايخرج ـــ فى عمومه ـــ عن المفهوم الاجمالى للتحفظ فى القانون الدولى . ومن هنا كان وجه التشابه الذى دفعنى

إلى أن استمد أحكام النظرية الإسلامية فى التحفظات من الاحكام التى عرضتها بالنسبة للشروط .

والجدير بالذكر أن الشارع لم يترك الشروط لاهواء المتعاقدين وإنما حرص على عدم الاخلال بنظام التعامل . ولذا اباح الشروط لتحقيق رغبات المتعاقدين ولكن فى اطار مالا يناقض مقتضيات العقود الاصلية أو قواعد الشريعة وأصولها . وقد روى عن الرسول فى شأن الشروط قوله ﷺ « المسلمون عند شروطهم إلا شرطا احل حراما أو حرم حلالا » وقوله « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » كذلك يفعل القانون الدولى المعاصر فهو يضع احكاما للتحفظات ولا يتركها مطلقة لهوى المتعاهدين .

ويمكن أن نقول فى اجمال إن الشروط العقدية نوعان : مباح يجب الوفاء به . وغير مباح اى منهى عنه . وهذا القول يضعنا أمام مشكلة تحديد الشروط المباحة وتمييزها عن الشروط غير المباحة . وقد اختلف اجتهاد الفقهاء فى تحديد معيار التفرقة بين النوعين .

فالظاهرية يتمسكون بظاهر حديث الرسول « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » . ولا يبيحون للعاقدين شيئا من الشروط إلا إذا ورد به دليل خاص من القرآن أو الحديث وهذا رأى يقابل فى مفهومى ماسبق أن اشرت اليه باسم « قاعدة العصبة » ولكن بمنطق اسلامى فهو إذ يشترط النص المبيح يفترض القبول الاجماعى لان الاعتراض على التحفظ لايكون له سند إذا ماكان اعتراضا على مايبيحه صريح النص . ويقف الحنابلة على طرف نقيض من الظاهرية فيطلقون الحرية للمتعاقدين فى اشتراط مايرون شريطة الا يكون ذلك منهيا عنه بنص خاص أو يرد على اصل العقد بالنقض والالغاء . وحجتهم أن الحديث . « المسلمون عند شروطهم » جعل الاصل فى الشروط هى الاباحة .

ويتوسط الجمهور من الفقهاء فلا يشترطون نصا خاصا فى الاباحة ولايجعلون الأصل الاباحة بل يميلون إلى تقرير ان الأصل فى الشروط هو الحظر ولكنهم يجيزون شروطا على سبيل الاستثناء . بيد أنهم يتوسعون فى هذا

الاستثناء عن الظاهرية . وقد استثنى الحنفية أربعة أنواع من الشروط حكموا بصحتها هى :

١ ـــ الشرط الذى يقتضيه العقد Condicio iuris كأن يشترط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل تسليم المبيع . واشرط الذى يقتضيه العقد لايثبت شيئا جديدا غير مايقتضيه العقد ويوجبه . ولذا فان بعض الفقهاء يتشكك فى صحة وصف هذا النوع بأنه شرط مادام أنه لايضيف إلى موجبات العقد أو ينقص منها .

٢ ـــ الشرط المؤكد لمقتضى العقد . مثل اشتراط رهن بالثمن عند تأجيله . وهذا الشرط يعتبر شرطا ملائما موافقا للعقد .

٣ ـــ الشرط الذى ورد به الشرع . ويشمل ما ورد به نص خاص كاشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك . وماألحق به بطريق القياس كخيار التعيين .

٤ ـــ الشرط الذى جرى به العرف . مثل اشتراط المشترى حمل البضاعة إلى مكانه . وهذا الشرط يتوسع فى الشروط الصحيحة إلى حد يكاد يقارب بين الحنابلة والحنفية لأن العرف يمكن أن يطوى نطاقا واسعا من الشروط إذ القاعدة هى اعتبار العرف مادام أنه يخالف نصا أو يناقض قاعدة شرعية .

أما عدا هذه الاستثناءات فان الشرط يكون غير صحيح وهو أما أن يكون فاسدا أو باطلا (راجع المبسوط للسرخسي ـــ ص ١٣ ، ص ١٤ ومابعدها) .

وهذا الاتجاه ينسجم كثيرا مع الفتوى التى ابدتها محكمة العدل الدولية فى شأن التحفظات الخاصة بمعاهدة الاصطلام (ابادة الجنس البشرى) ـــ أما رأى الحنابلة فيتجاوز تلك الفتوى ، وهوعندى الرأى الاكثر قبولا لاسيما بالنسبة للمعاهدات التى يراد لها أن تكتسب أكبر قدر من العالمية . فهو بما يرفعه من حرج عن الدول التى تريد الالتزام بأحكام المعاهدة ـــ يسمح لاكبر

عدد من الدول بتصديق المعاهدة أو الانضمام اليها بما تراه محققا لصالحها مادام أن تلك التحفظات لاتناقض مقتضى المعاهدة أو مايكون قد ورد نهى فى احكام الشريعة — أو احكام المعاهدة التى لاتخالف نصا شرعيا عنه .

والشرط المحظور يعتبر فاسدا إذا كان فيه منفعة لاحد الطرفين كأن تشترط الزوجة عدم انتقالها من البلد الذى تزوجت فيه ، أو منفعة لغير الطرفين كأن يشترط البائع على المشترى أن يؤجر العين لشخص بالذات . والشرط الفاسد لايجب الوفاء به فان كان فى عقد من عقود المعاوضات المالية تعدى فساده إلى العقد فأفسده . وإما كان فى غير تلك العقود كان صحيحا وبطل الشرط . أما عند الحنابلة فان الشرط الذى ورد النهى عنه — كأن يشترط البائع على المشترى أن يهبه شيئا — فانه يتعدى إلى العقد فيفسده .

أما إذا خلا الشرط المحظور من الاوصاف الصحيحة ولم يكن فيه منفعة لاحد الطرفين ولا لغيرهما فهو باطل كأن يشترط البائع على المشترى الا يزرع لمدة سنة . ومثل هذا الشرط يبطل ويبقى العقد صحيحا . ولا أريد أن اطيل فى احكام الشروط فهى باب بذاته ويتجاوز بتفاصيله معالجة تستهدف استبيان الاحكام فى نظرة عامة .

ويبين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى المعاهدة يجعل الشرط فاسدا عند كل من الحنفية والحنابلة ولكن الحنفية توسعوا فى فهم مايعد منافيا فكل مايحد من آثار العقد (المعاهدة) — ولو كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين — يعتبر عندهم منافيا لمقتضى العقد مادام أن ذلك مبطل للمقصود الاصلى من العقد بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من قصد العقد لان مصلحة العامة مصلحة للعقد ذاته : فلو شرط البائع على المشترى أن يبيع مااشتراه فانه يكون مبطلا للمقصود الاصلى من العقد ، وهو الملك المبيح للتصرف ، بخلاف مااذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكنى الدار ، أو زراعة الارض ، فانه لايكون منافيا عندهم .

إن نظرة فاحصة إلى احكام الشروط لابد أن تستثير الدهشة لان ماانتهى اليه الفقه الدولى المعاصر ومأأفتت به محكمة العدل الدولية فى شأن التحفظات يكاد

يتطابق مع ما استقر عليه الفقه الإسلامى فى شأن الشروط ، إذ [illegible] هذه الأحكام على الصعيد الدولى [illegible] .

إن الاهتداء بالمفاهيم الإسلامية التى اوجزت [illegible] العامة فيما سلف ينتقل بنا إلى المبادىء التالية :

١ ـــ يجوز للدولة أن تبدى تحفظات على المعاهدة التى تتجه إلى الالتزام بأحكامها .

بيد أن بعض هذه التحفظات تعتبر صحيحة شرعا وبعضها غير صحيحة على ماأسلفت من تفصيل .

٢ ـــ إذا اعترضت دولة متعاقدة على تحفظ فان ذلك لايمنع من أن تدخل المعاهدة طور التنفيذ فى علاقة الدولة المعترضة بالدولة المتحفظة مالم تبد الدولة المعترضة قصدا مغايرا بطريقة قطعية .

٣ ـــ يصبح تصريح الدولة الذى يفصح عن قبولها للالتزام بمعاهدة والذى يحتوى على تحفظ فعالا حالما تقبله دولة اخرى متعاقدة على الاقل . وعندئذ تصير الدولة المتحفظة طرفا فى المعاهدة فى علاقتها بالدولة التى قبلت التحفظ .

٥ ـــ يتطلب التحفظ موافقة الجهاز المختص بالمنتظم إذا كانت المعاهدة وثيقة منشئة لمنتظم دولى وذلك مالم تنص المعاهدة على غير ذلك .

وتضيف معاهدة فينا للمعاهدات قرينة قانونية على قبول التحفظ إذا لم تعترض الدول عليه خلال اثنى عشر شهرا من ابدائه . وهذا حكم لاارى غضاضة فى قبوله ضمن أحكام النظرية الإسلامية لانه من الاستعارات التى تقتيضها الحياة المعاصرة ولايخالف اصلا من أصول النظرية الإسلامية .

هذا هو الحكم بالنسبة للدولة المتحفظة فما هو الحكم بالنسبة للدول الأخرى اطراف المعاهدة ؟ .

إن الاجابة على هذا السؤال يمكن الاستدلال عليها ـــ فيما أرى ـــ

بالرجوع إلى القواعد الخاصة بالخيارات . والخيارات مفردها الخيار وهو شق من الاختيار ومعنى الخيار لغة طلب خير الأمرين أو الأمور . ولا يبعد المعنى الفقهى عن المعنى اللغوى . فالفقهاء يقصدون بالخيار أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق فى تخير أحد الأمرين : إما امضاء العقد وتنفيذه ، وإما فسخه ورفعه من أساسه .

والخيارات منها ماورد به نص خاص ــ كخيار الشرط ــ ومنها ماثبت بالقياس ــ كخيار النقد والتعيين ، ولذا فان الفقهاء ــ وإن اتفقوا على بعضها ــ الا أنهم يختلفون على الكثير منها . فبعضهم يعدها ثلاثة عشر (ابن نجيم المصرى الحنفي ــ البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ٢ ومابعدها) . وآخرون يعدونها ثمانية عشر (السيوطى ــ الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ١٩٤ ومابعدها) . وفريق ثالث يعدها تسعة عشر (حاشية ابن عابدين «رد المحتار) الدر المختار شرح تنوير الأبصار» ، ج ٤ ، ص ٩٦ ، ومابعدها) .

ولكنا لا نحتاج للالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالخيارات الا فى بعض الفروض دون البعض الآخر . فقد سبق أن استعرضت الأحكام الخاصة بالشروط وأوضحت فى ذلك العرض أن من الشروط ماهو باطل ومنها ماهو فاسد ومنها ماهو صحيح . فان كان الشرط باطلا أو فاسدا فان بطلانه أو فساده يغنى الدولة الطرف الآخر عن أن تلوذ بقواعد شرعية اضافية اذ يكفى الطعن ببطلان الشرط أو فساده لاهداره واسقاط وجوبه أصلا .

أما إذا كان الشرط صحيحا ولم تكن الدولة الطرف الآخر قابلة له فهنا تملك الدولة ــ على المفهوم الذى اقبله ــ أن تلجأ إلى قواعد الخيارات للتخلص من حجية هذا الشرط والزامه .

ويثبت الخيار لطرفى المعاهدة ــ كما يثبت لطرفى العقد ــ وهو يثبت بايجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه الطرفان . ويختلف الفقهاء فيما إذا كان يحق لاحد الطرفين أن يشترط الخيار لاجنبى . ويقع الفسخ الذى يريده صاحب الخيار

دون توقف على قضاء القاضى فى بعض الخيارات وقد يتوقف على رضاء القاضى ـــ على خلاف ـــ فلا يثبت قبله .

وفى تقرير القواعد التى يمكن أن تحتج بها الدولة الرافضة يمكن أن نستعين بالقياس إذا تطلب الامر ولذا فاننا لسنا مقيدين ـــ فى هذا النطاق ـــ بما ورثناه عن الفقه التقليدى من اجتهاد مكتفين بالحكم العام للخيار وهو حق الدولة فى أن تختار ماتراه اكثر تمشيا مع مصالحها بين قبول الشرط واهداره . ويمكن ـــ فى عملية القياس التى نقوم بها لاستنباط الاحكام المعنية ـــ أن نتخذ من خيار الشرط اساسا فى شأن المعاهدات التى تتضمن شرطا يعالج التحفظات فيكون للدولة أو الدول الطرف الآخر ـــ فى حدود مانص عليه الشرط الوارد بالمعاهدة ـــ أن تقبل التحفظ الذى تشترطه الدولة المتحفظة أو أن ترفضه إذا كان الشرط يسمح لها بذلك وعلى النحو وفى خلال المدة التى ينص عليها هذا الشرط .

أما إذا تضمنت المعاهدة نصا يبيح التحفظات فالقاعدة عندى أن الدولة أو الدول الطرف الآخر لاتملك أن ترفض هذا التحفظ مادام أنه صحيح شرعا اى مادام أنه مؤكد لمقتضى العقد أو ورد به الشرع أو جرى به العرف ، ورأيى هذا أدخل فى باب الاستحسان منه فى باب القياس . وأناقش الاستحسان تفصيلا فى مبحث لاحق وأوجزه هنا .

لقد استعمل الشافعى اصطلاحى « الاستحسان » و« الرأى » كصنوين واستخدم مالك الاصطلاح للتعبير عن الآراء التى لا يجد لها سندا من السنة (مدونة ابن القاسم . القاهرة ١٣٢٣ هـ . ج ١٦ ص ٢١٧) . وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج عن الاستحسان انه مايراه هو واستحسنه (كتاب الخراج . طبعة بولاق . ١٣٠٢ هـ ص ١١٧) . وقد رفض الشافعى الاستحسان وايده الحنفية وربما كان رفض الشافعى لأن التعبير لم يكن قد اكتسب معنى دقيقا محدداً بعد . وهو يعنى الآن الحكم الذى يخالف القياس لاى سبب كان ولذا يطلق عليه البعض مسمى « القياس الخفى » مقابل « القياس الظاهر » وهو الذى يعرف بالقياس عموما. والاستحسان لغة « وجود

الشيء حسنا يقول الرجل استحسنت كذا اى اعتقدته حسنا على ضد الاستقباح . أو معناه : طلب الاحسان للاتباع الذى هو مأمور عليه به كما قال تعالى « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » . (راجع فى الاستحسان ماورد فى الدراسة الخاصة بضوابط التفسير) .

إن الاساس الشرعى الذى استند اليه فيما اسلفت هو أن الخيارات جاءت على خلاف القاعدة إذ تسمح لاحد الطرفين بأن يستقل وحده بانهاء العقد فى حين أن القاعدة العامة تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين ولذلك سار وفاق فيينا على هدى القاعدة العامة وأن كان قد تخفف منها بعض الشيء بالقرائن التي تبناها والتى يمكن اهدارها لو أن الطرف الذى لا يريد أن يلتزم على غير ارادته ابدى اعتراضه خلال الاجل المضروب لذلك . بيد أننى احب أن اوضح امرا قد لايبدو جليا فى عرضى السابق ذلك أن ماأعرضه من احكام للخيارات قصدت به أن يكون هاديا لصياغة النصوص التى تضبط حق الدول فى قبول أو رفض التحفظ إذا رغبت الدول فى أن تورد نصا بذلك فى المعاهدة . اما اذا خلت المعاهدة من نص فان الرأى عندى هو ماقدمت وهو سقوط الخيار اكتفاء بتطبيق ماأسلفت من القواعد الخاصة بالتحفظات .

ومن ثم فان النظرية المعاصرة تتفق فى عمومها مع النظرية الإسلامية فى شأن التحفظات . ولعل النقطة التى تحتاج الى ابراز فى المقارنة بين النظرتين هى أن النظرية الإسلامية — على خلاف بين المذاهب واضحة فى قبول التحفظات التى جرى بها العرف ورفض التحفظات التى ورد النهى عنها ، اما النظرية المعاصرة فليست جلية فى شأن هذين الفرضين، إذ لانستطيع أن نقول إن التحفظات التى تتفق مع ماجرى به العرف جميعها تحفظات صحيحة لاسيما وأن فتوى محكمة العدل اقتصرت — فى تصحيح التحفظات — على مايقابل فى النظرية الإسلامية التحفظات التى يقتضيها العقد أو المؤكدة لمقتضاه . كما أن ابطال التحفظ لورود النهى عنه له مايبرره فى النظرية الإسلامية التى تعرف — كما قدمت — قواعد من النظام العام الامر الذى يصعب أن نجد له عديلا مطابقاً فى النظرية المعاصرة ولاننسى هنا أننا أمام تشريع تعاقدى وليس عقداً .

١ ــ القوة الملزمة للمعاهدات بالنسبة لاطرافها :

لامراء فى أن المعاهدة تعتبر حجة على من ابرموها ونافذة فى حقهم غير أن الجدل يثور حول اثر المعاهدة بالنسبة للغير ، اى الدول التى لم تسهم بارادتها الشارعة فى سن المعاهدة .

ولكن ماهو المفهوم القانونى للقوة الملزمة للمعاهدة فى النظرية الإسلامية ، ومامدى هذا الالتزام ؟ هناك حقيقتان توضحان الاجابة على هذا السؤال ، هما :

(١) أن قوة الزام المعاهدة بالنسبة للطرف الآخر تكمن فى مدرك الذمة الإسلامية .

(٢) السمة الإلهية للالتزام فى النظرية الإسلامية .

والحقيقتان تتكاملان إذ تندمج احداهما فى الاخرى أو كما يقولون فهما وجهان لعملة واحدة ، ذلك أن الدولة الإسلامية عندما تبرم معاهدة إنما تعطى ذمتها وذمة الله ورسوله إلى الطرف الآخر بوصف أن العهد عهد الله « وأوفو بعهد الله إذا عاهدتم » (النحل / ٩١) . « الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق » (الرعد / ٢٠) .

ومن السمات المميزة للمعاهدة الإسلامية أنها تتضمن عبارات لتوكيد الالتزام بأحكامها وطمأنة الطرف الآخر على أن الدولة الإسلامية سوف تتقيد بأحكامها . وتجرى هذه العبارات حول منح ذمة الدولة المتعاهدة وكذا ذمة الله ورسوله للطرف الآخر . وفى قول آخر فان الذمة تعبر عن توثيق الالتزام . فماذا تعنى هذه الذمة ؟ .

إن مدرك الذمة الذى ابتغى توضيحه هنا هو أثر من آثار مبدأ الجهاد فى معنى الحرب المقدسة والذى رتب ــ من بين نتائج أخرى ــ تقسمة العالم إلى دار اسلام ودار مخالفين ــ ودار المخالفين تشمل دار الحرب ودار الصلح أو العهد التى يمكن أن نطلق عليها باللاتينية Civitas foederatae .

والذمة لغة «هي العهد منسوب إلى الذمة. قال الجوهري أهل الذمة أهل العقد وقال أبو عبيدة الذمة الأمان في قوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم وقوم ذمة معاهدون أي ذوو ذمة ... وفي الحديث ذكر الذمة والذمام وهما بمعنى العهد والأمان والضمان والحرمة والحق وسمى أهل ذمة لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم وفي التنزيل العزيز لايرقبون في مؤمن إلاّ ولا ذمة قال الذمة العهد والحلال الحلف» . (لسان العرب لابن منظور ، ج ١٥ ، ص ١١١ ــ ١١٢) . والذمي في اسبانيا الإسلامية ، هو اليهودي أما المسيحي فكان يسمى المعاهد .

أما الذمة قانونا فترتب الاعتراف لمن تمنح له شخصية قانونية يتميز بها عن الحربي الذي لايعترف له بتلك الشخصية مطلقا والمستأمن الذي يكون له حق محدود ، كما ترتب كذلك ضمان حرياته العامة والخاصة . ولذا تعني الذمة التزام المسلمين بالكف عن اتيان اى عمل عدائي ضد أهل الذمة ، وتحمل المسلمين بالمسئولية عما يصيب أهل الذمة من اضرار في أنفسهم أو في أموالهم .

ويرى الفقهاء أن الذمة عهد ثنائي يخضع ــ من حيث قوة الزامه وشروط سلامته ــ للقواعد التي تحكم في القانون الخاص مايبرمه الأفراد من عقود . ويرتبه ابن تيمية بعد عقد البيع وعقد الزواج وعقد الشبهة (ابن تيمية ــ الصارم المسلول على ساطم الرسول ، حيدر اباد ١٩٠٤ ، ص ٢٠١) . ولكن هذا القول في نظري يغني الذمة في مفهوم معين وهو العهد الذي يمنح للذميين لاقرارهم على حقوقهم العامة والخاصة لقاء جزية يؤدونها فهي أقرب ماتكون إلى وفاق حقوق الاقليات المعاصر . ولذا فان طرفه الآخر ليس دولة وإنما رئيس جماعة تنازل عن سيادته الخارجية وأحل سيادته الداخلية لحساب المسلمين الذين يلتزمون بالدفاع عنه داخليا وخارجيا . ولاتكون إلا للنصارى واليهود السامريين والزرادشين . (النواوي ــ منهاج الطالب ص ٢٧٦) . ولكن الحنفية يجيزونها للوثنيين مادامو ليسوا مَن عرق عربي بل إن مالكا يجيزها للعرب الوثنيين مادامو ليسوا قرشيين (شيرازي ــ التنبيه في الفقه ، لندن ١٨٧٩ ، ص ٢٩٥) .

ولذا نجد الفقهاء ــ مثل الشافعى ــ يعدون نموذجا لعهد الذمة . وأما الذمة عندى فهى معاهدة أو جزء من معاهدة . ويذهب البعض ــ فى محاولة للتوفيق ــ إلى وصف الذمة بأنها تصرف قانونى من نوع خاص Sui generis ولايجوز تبعا أن نقارنه بأى من الصفات القانونية الحديثة . والطريف أن هذا النظر الذى ينفى المشابهة بين الذمة وبين المفاهيم الحديثة يقارن مدرك الذمة ببعض التصرفات القديمة مثل ماعرفه الرومان باسم deditio وهى معاهدة كانت تبرم بين ممثل روما وممثل البلد المهزوم يحيل بمقتضاه الأخير إلى روما حقوقه فى السيادة ويجعل من مواطنيه رعايا لروما .

ويبدو أن مصطلح « الذمة » هو المقابل للمصطلح اللاتينى fides حيث كان أهل الذمة فى أمان الشعب الرومانى in fide populi romani فأصبحوا فى النظرية الإسلامية فى أمان الامة الإسلامية in fide populi islamici. إن الذمة إذن هى صياغة أصيلة للتوسع والاخضاع نرى لها أمثلة عديدة فى العصرين القديم والوسيط بل والانتداب والوصاية فى العصر الحديث .

وإذن فالعنصر الاول من العناصر التى تشكل القوة الالزامية للمعاهدة على المسلمين هو الامان والضمان الذى يعبر عنه بذمة المسلمين وربهم ورسولهم .

أما العنصر الثانى فهو السمة الالهية للالتزام لان الله يضيف كل عهد إلى ذاته الجليلة ويجعل من العهد الذى يمنحه المسلمون عهدا يحاسب عليه ويرقب مراعاته . ومن ثم فان العهد الذى يوثق هو عهد الله عز وجل فمن ينقضه فإنما ينقض عهد الله . لان نظرة الإسلام إلى العهد هو انه امن واطمئنان . ولذلك شبه القرآن الكريم من ينقض العهد بالحمقاء التى تغزل غزلا وتقوى نسجهثم تنقضه من بعد تقويته انكاثا اى شعرا مجزءا أجزاء صغيرة ، واعتبر أن هذا زلل للقدم بعد ثبوتها « ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا » (النحل / ١٢) . « ولا تتخذوا ايمانكم دخلا بينكم فتزل قدم بعد ثبوتها » (النحل / ٩٤) .

ولكن هل يعنى هذا أن الله سبحانه وتعالى طرف ثالث فى المعاهدة . إن فهمى للامر يجيب على هذا التساؤل بالنفى . ذلك أن نسبة العهد إلى الذات العلية ووصفه بأنه عهد الله لايقصد به جعل المولى طرفا فى معاهدة تبرمها دولتان أو اكثر وإنما يقصد به ابراز الاهمية التى يوليها الإسلام للعهود إلى حد أن الله يرقبها رقابة مباشرة ولا يتهاون مع من يخل بها . واضرب مثلا يقرب ماأقول ففى بعض البلاد يعتبر الاعتداء على الجندى اعتداء على رئيس الدولة ولذا يقدم المعتدى — بقصد تشديد العقوبة عليه — بتهمة الاعتداء على رئيس الدولة . إن هذا فرض جدلى وحيلى قصد به تخويف من تسول له نفسه العدوان على الجندى حشية هذا الافتراض . كذلك نحن فى المعاهدات نقيم تصورا فرضيا بقصد تشديد العقوبة على المخل بها وتخويفه من ذلك الاخلال — على اساس أن الاخلال بها يعتبر فى خطورةواهمية الاخلال بعهد اعطى لله مباشرة . إننا هنا أمام صورة من صور الحقوق التى اجتمع فيها الوصفان : حق الله وحق العباد ، ولذا فان مسئولية استيفائها تقع على عاتق الإمام وينعدم فيها التسامح فى التنفيذ .

ولعل هذه السمة الدينية للالتزام هى التى دعت إلى أن يطلق عليه لفظة « يمين » كذلك . كما فى قوله تعالى « إن الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا اولئك لاخلاق لهم فى الاخرة » (آل عمران / ٧٧) . « وإن نكثوا ايمانهم من بعد عهدهم وطعنوا فى دينكم فقاتلوا ائمة الكفر » (التوبة / ١٢) . « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » (النحل / ٩١) . واليمين فى الشريعة الإسلامية هو اى اقرار أو تعهد يؤكد بالله . وكثيرا ماكانت المعاهدات توثق اليمين تأكيدا للالتزام بها واثباتا لانها عهد امام الله ولم يستحدث المسلمون فكرة توثيق المعاهدات بالقسم فقد عرفته الشعوب القديمة . وفى كتاب Hiad نجد أن Agamemnon يقول موجها كلامه إلى Menelaus وقد امسك بيده « ايها الأخ المحبوب اننى انذر نفسى حتى الممات لهذه الايمان وأقف إلى جانبك لمحاربة تروجان الذى جرحك وحنث بايمانه الموثقة لان الاب زيس لايحمى الكاذبين . » .

ويجب بالمعاهدة ـــ حسب المفهوم التقليدى ـــ مايجب بعقد الامان ولكن هذا القول يكشف عن نظرة قاصرة للمعاهدات ولعل انصاره هم اولئك الذين يظنون أن الامان عديل للمعاهدة فى حين أن الامان كما اسلفت يجوز أن يكون صورة من صور المعاهدات وهنا تسمى المعاهدة بمعاهدة الامان وعندئذ يمكن أن نقول إن معاهدات الامان تؤمن العهيد على نفسه وماله واهله إذ يلتزم رئيس الدولة الإسلامية بأن يعمل على حماية العهيد من اعتداء أى من المسلمين أو الذميين عليه فاذا اتلف واحد من المسلمين أو الذميين مالا لأحد رعايا الدولة الطرف الآخر فعليه ضمانه (ابو بكر بن مسعود الكاسانى ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، شركة المطبوعات العلمية ١٣٢٧ هـ ، ج ٧ ، ص ١٠٩) .

ومادام أن المعاهدة قد تكون ذات أهداف متعددة فان لكل معاهدة محلها الذى يجب أن تحترمه الدولة المتعاهدة طبقا لنصوص المعاهدة وذلك بما اعطته الدولة من ذمة ومافرضه الله من رقابة على الوفاء بالعهد .

وتأمر النظرية الإسلامية بوفاء العهد إلى نهايته « فأتموا اليهم عهدهم إلى مدتهم » (التوبة / ٤) .

وواضح أن الآية الكريمة تمنع على المسلمين أن يغدروا بمعاهدهم فلم يغدر الرسول بعهوده . وقد قيل للرسول إن المشركين سينقضون العهد فقال : وفوا لهم واستعينوا الله عليهم . ولايصح أن تكون الرغبة فى التوسع الاقليمى أو السعى إلى تدعيم السلطان الزمنى سببا فى الغدر . ولذلك نعت الآية على الغدر أن تكون امة اكثر عددا وعدة من أخرى وأوسع أرضا وأقوى سلطانا « تتخذون ايمانكم دخلا بينكم أن تكون امة هى أربى من اخرى » . (النحل : ٩٢) ، وقارن النظرية الإسلامية بما جرى عليه العمل الرومانى واضرب مثلا له بعبارة جاءت فى معاهدة ابرمت بين امير تشنج وامراء متحالفين غزوا بلاده سنة ٥٤٤ ق . م حيث جاء فى الديباجة أن آلهة الجبال والانهار وأرواح الاجداد ترقب انفاذ هذه المعاهدة وتستمطر لعنات الالهة على من لايرقب فى الطرف الآخر إلاّ ولا ذمة . وكانت السمة الالهية واضحة فى

المعاهدات التى ابرمها اليونانيون وكان الاله Janas هو حامى الاحلاف (يقابله Jupiter fidius فى روما كما سبق أن ذكرت) .

تنقيح المعاهدة :

كذلك من بديهيات الامور أن يكون لكل دولة طرف فى معاهدة الحق فى تنقيح المعاهدة إذا تضمنت نصوص المعاهدة نصا بذلك . والمبدأ العام أنه لايجوز تنقيح المعاهدة — أى تعديلها أو اعادة النظر فيها — الا برضاء اطرافها وذلك مالم يوجد نص صريح فى المعاهدة بغير ذلك . ولكن نظرة إلى التاريخ الدبلوماسى تبين لنا أن هذا المبدأ لم يحظ فى القانون الدولى المعاصر باحترام الدول الكبرى دائما . فمثلا عدلت اتفاقات نهر الدانوب عدة مرات حسب هوى الدول الكبرى على حساب مصالح بعض الدول الساحلية التى قدر أن قبولها لاضرورة له . وحدث الامر ذاته بالنسبة للمعاهدات المتعلقة بالمضايق التركية . فهل تقبل النظرية الإسلامية أن تنفرد الدولة الإسلامية بتعديل أو بتنقيح المعاهدات حسبما تمليه مصالحها .

يشترط الفقهاء بصحة المعاهدة الا تتنافى مع ماهو واجب من عزة الإسلام ، ولكن ظروف الضعف والوهن أو الاعتبارات السياسية الدولية قد تفرض على الدولة الاسلامية أن تقبل معاهدة تنافى عزة الإسلام وعندئذ تصح المعاهدة إلا طبقا لنظرية الضرورة .

بيد أن الضرورة كما تقضى على الدولة الإسلامية بقبول مالا يتفق مع مصالحها فانها يمكن أن تكون مبررا لان تتحرر الدولة الإسلامية من أحكام المعاهدة إذا مااقتضت ذلك مصالحها .

والضرورة هى العمل على (اى الحصول على) أو بقاء (اى المحافظة على) المصالح الضرورية الخمسة — أن يحفظ على الخلق دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم — كذلك دفع مايترتب عليه فوات إحدى تلك المصالح لان حياة الناس الدينية والدنيوية إنما تعتمد على المحافظة على هذه المصالح الضرورية بحيث إذا ضاعت أضاعت على المرء دنياه واخراه .

بيد أن نظرية الضرورة من النظريات التى يحيط بها غموض ليس من الميسور على الفقه استجلاءه بطريقة تيسر تطبيقها وتضبط علاقاتها ـــ وكذلك الأمر تلبية للقوة القاهرة . ومن هنا فانى افضل استقراء افكار اخرى للاجابة على هذا التساؤل ولعل نظرية تغير الاوضاع هى ماأوصى هنا باستمزاجه :

تغير الأوضاع :

فماذا يكون الحكم لو تغيرت الظروف والاوضاع . هل يبقى الحكم كما هو ويكون على الدولة الإسلامية أن تتم العهد إلى مدته بغض النظر عن هذا التغير والتبدل حتى ولو كان جذريا ؟؟

إن النقطة الاساسية الجديرة بالبحث هى قواعد العرف الدولى التى تسمح بتنقيح المعاهدة ويمكن أن نجمع هذه القواعد فى ثلاثة هى : القوة القاهرة ، حالة الضرورة ، مبدأ بقاء الاوضاع على حالها أو تغير الظروف والاوضاع . ونظرا لان المدركين الاولين ـــ القوة القاهرة والضرورة ـــ هما كما قلت من المدركات التى تستعصى على الدراسة الموجزة فضلا على أنها تغطى كافة انطقة القانون ولاتقتصر على القانون الدولى العام فحسب بحيث يمكن الرجوع اليها فى مختلف الدراسات القانونية فاننى اجتزىء هنا بالكلام عن المبدأ الأخير وهو مبدأ تغير الأوضاع Clausula rebus sic stantibus الذى جرت لغة الفقه الدولى على تسميته بشرط بقاء الأوضاع على حالها.ويجب ألا نخلط بين تغير الأوضاع وبين كل من القوة القاهرة والضرورة . صحيح أن تغييرا فى الأوضاع يحدث فى هذه الفروض ولكن هذا التغير لايلعب بذاته دورا حاسما فى حين أن التغيير الذى نقصد اليه فى قاعدة تغير الاوضاع هو تغيير من طبيعته أن ينال من كيان المعاهدة ذاته . (راجع مزيدا من التفصيل فى جعفر عبد السلام ـــ شرط بقاء الأوضاع : القاهرة ، ١٩٧٠) .

يعرف الفاريز هذا الشرط بأنه الشرط الذى يمكن للدولة بمقتضاه أن ترفض تنفيذ معاهدة إذا كانت الظروف التى أحاطت بابرامها قد تغيرت تغيرا جوهريا ولكن فريقا من الفقهاء ـــ ويقف كلسن على رأسهم (Kelsen- Theorie du

droit international public. RCADI 1953. T. III, P. 163.) ـــ يهاجمون هذا الشرط بدعوى أن الهدف الجوهرى للقانون هو تحقيق الاستقرار والمحافظة على الوضع الراهن وهو مايعمل الشرط على تحطيمه ويقف بالقانون الدولى عن أن يحقق مهمته ــ بيد أن منطق هؤلاء لا يمثل الاغلبية العظمى من الفقهاء .

فهناك مدرسة ترى أن الشرط ضمنى تحتويه كل معاهدة وهو يستند الى الارادة المشتركة لأطراف المعاهدة وتذهب فرقة اخرى إلى أن هذه الشرط الضمنى يظل دائما الا إذا استبعده الطرفان صراحة .

والواقع أن النظريتين مرفوضتان لانهما تحطمان الشرط . إذ حسب النظرية الاولى لايتوفر الشرط الا برضاء الطرفين . وهذا منطق قد عجز الآن ولم يعد مقبولا أن نقول إن نية الطرفين هى اساس توافر الشرط .

ويحق للطرفين ــ حسب النظرية الثانية ــ استبعاد الشرط ، ويؤخذ على ذلك أن هذا القول قد يبدو منطقيا لو أن الطرفين توقعا مقدما احتمال حصول تغير جذرى . ولذا فان النظرية تقف بكماء ازاء التصور الذى لايتوقع فيه الطرفان هذا التغيير .

لذلك قد يكون الأسلم القول بأن القاعدة قاعدة عرفية وليست شرطا . وهى قاعدة مستقلة عن ارادة الطرفين . وتبرير القاعدة فى نظرى هو أن من بين القواعد الأصولية قاعدة تقضى بتغير الاحكام بتغير الزمان والمكان كى تظل تلك الأحكام انعكاسا امينا لحاجات المجتمع . ومن ثم كان واجبا أن يعاد النظر فى التشريع كلما انفصل بأحكامه عن تلك الحاجات .

ويذهب الرأى الغالب إلى أن هناك نوعان من المعاهدات لاينصرف اليهما أثر القاعدة وهما : المعاهدات محدودة الأجل . والمعاهدات الشارعة . ويبدو أن منطق هذا الرأى مستمد من فكرة أن القاعدة شرط ضمنى فى المعاهدة . أما إذا نظرنا إلى القاعدة على أنها قاعدة عرفية عامة فان هذا الرأى يبدو غير مبرر حيال فئتى المعاهدة سالفتى الذكر .

والرأى أن تغيير الظروف يجب أن يمس اهداف المعاهدة وليس بواعثها . فاذا افترضنا أن أحد الطرفين لم يعد يهتم بتنفيذ المعاهدة فان هذا الباعث فى ذاته لايكفى لتطبيق المبدأ لأن هدف المعاهدة يمكن أن يظل — على الرغم من ذلك — مشروعا . ويجوز أن يكون التغيير ماديا كما يجوز أن يكون معنويا . والتغيير المعنوى لايعنى مجرد تغير موقف الدولة بل يجب أن يكون تغيرا عاما شاملا يستشعره الرأى العام ويندفع اليه شعب الدولة .

وقد تناول وفاق فيينا حكم تغير الظروف فى المادة ٦٢ منه حيث نص على أن انهاء المعاهدة أو الانسحاب منها بسبب تغير الظروف لايكون مبررا إلا اذا توافرت الشروط التالية :

١ — أن يكون توافر هذه الظروف أساسا جوهريا لقبول الاطراف الالتزام بالمعاهدة .

٢ — لتغير الظروف أثر جذرى على تحويل نطاق الالتزامات التى لم تنفذ بعد .

٣ — ألا تكون المعاهدة معاهدة حدود ، أو أن يكون التغير قد حصل بفعل الطرف الذى يدفع به . وتجيز الفقرة الثالثة للدولة أن تدفع بتغير الظروف ليس فقط لانهاء المعاهدة أو الانسحاب منها بل كذلك لوقف العمل بها .

فإذا تحققت شروط تطبيق المعاهدة :

١ — فان رأيا يقول إن المعاهدة تعتبر ملغاة بحكم القانون . وينسجم هذا الرأى مع فكرة الشرط الضمنى ولذا فان رفض الفكرة يترتب عليه رفض هذه النتيجة تبعا .

٢ — وهناك آخرون يدافعون عن أن من حق اى من أطراف المعاهدة أن يعلن بارادته الانفرادية انهاء المعاهدة . وهذا رأى يعطى للدولة سلطة تحكمية مرفوضة إذ ليس مقبولا أن نعلق القوة الالزامية للمعاهدة على ارادة الملتزم .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

٣ ــ وفى عقيدة فريق ثالث أن الجمع بين الرأيين السابقين يتحقق بأن يدعو الطرف المتضرر الطرف الآخر إلى المفاوضة فاذا نكل الطرف الآخر عن المفاوضة أو لم يتوفر لديه حسن النية أثناء المفاوضة جاز للطرف المتضرر أن يعتبر أن المعاهدة قد انهيت .

٤ ــ ولعل أكثر الحلول قبولا ــ فى نظرى ــ هو الذى يرى أن للطرف الذى يدفع بالقاعدة أن ينقل النزاع إلى جهة قضائية على أن يكون له ــ إلى أن يفصل فى النزاع ــ أن يوقف تنفيذ التزاماته إذا رفض الطرف الآخر الالتجاء إلى التحكم أو القضاء .

ويرى نفر غالب من أصحاب هذا الرأى أن المحكمة لاتملك فى هذه الحالة إلا أن تقرر الغاء المعاهدة كليا أو جزئيا .

بيد أننى افضل النظر إلى القاعدة على أنها مبرر لتنقيح المعاهدة وليست سببا من اسباب انهائها فحسب اللهم الا فى الحالات التى تبرر ذلك (Hill, Chesney- The Doctrine of Rebus Sic Stantibus. 1964, P. 27 et seq.)

ولنا أن نتساءل الآن عن مدى استجابة النظرية الإسلامية لقاعدة تغير الظروف والأوضاع .

لقد حرص الفقه الإسلامي ــ كما أوضحت من قبل ــ ايما حرص على حماية الحرية الفردية . وفى معرض حرصه على حماية الفرد ضد عسف الحاكم تصور أن كل علاقة تربط الفرد بالحاكم هى علاقة عقدية . وفى معالجة الفقه لهذه العقود العامة لم يهتم كثيرا ببناء النظريات الجامعة والمدركات العامة مكتفيا بما يقدمه من حلول عملية للمشكلات الواقعية . كل بحسب ظروفها . وكلها تستوحى المصلحة العامة وتبتغى تحقيقها (راجع مزيدا فى فرانتز روزنتال ــ مناهج علماء المسلمين فى البحث العلمى . ترجمة أنيس فريحة ، بيروت ١٩٦١) . فلو أننا تتبعنا طائفة معينة من الحلول فى مسائل متماثلة لأمكننا أن نتبين انها تصدر عن منطق مشترك وتستند إلى فلسفة بذاتها . واعتمادا على هذا

الحقيقة فاننى اقدم الأمثلة التى نستطيع أن نستنبط منها القاعدة فى شأن تغير الأوضاع .

وأول مثل هى الجوائح . فالفقهاء — فى مناقشتهم لإعادة التسعير إذا ماحصل تبدل جوهرى فى الظروف — يناقشون الجوائح كعذر من الاعذار التى تؤثر على ثمن التجارة فلو أن شخصا استأجر مخزنا ولكنه لم يستطع بسبب ماطرأ على الاحوال من تغير — لم يستطع أن يجد سوقا كان من حقه أن يلغى عقد الايجار . ولو أن عمرا استأجر دابة كى تنقله إلى بلد آخر يوجد فيها مدين له ، ثم حضر المدين إلى حيث يقيم الدائن كان للدائن أن ينهى عقد النقل .

وهكذا ، يجوز للعاقد فى هذه الأمثلة — خلافا للقاعدة العامة — أن يتحلل من التزامه لأن ظروفا جدية طرأت بعد ابرام العقد تمس بجدية السبب الذى دفع إلى ابرام العقد . وهذا مفاده أن تغير الأوضاع — إذا كان جذريا — يصح أن يكون سببا لانهاء العقد أو تعديل احكامه .

ومن ثم فان الامام — وإن كان مأمورا باحترام عهوده — إلا أن هذا لايعنى أنه ملزم باحترام عهوده حتى ولو تغيرت ظروفه تغيرا جذريا اساسيا . بل إن رعاية المصلحة العامة تتطلب من الامام ، فى هذه الحالة ، العمل على تعديل العقد أو انهائه بما يتفق وتلك المصلحة . إن هذا الفرض الذى قدمته ينتهى إلى تأكيد أن النظرية الإسلامية تقبل فكرة تغير الأوضاع كسبب من أسباب تنقيح المعاهدة .

وقد قرأت فى كتاب الأم الشافعى مايفيد أن الفقه الإسلامى التقليدى ينزع إلى النظرية التى تعطى للدولة — عندما يتحقق الشرط — أن تنهى المعاهدة فورا وبارادتها المنفردة . يقول الشافعى « وليس للامام أن يهادن القوم من المشركين على النظر إلى غير مدة هدنة مطلقة فان الهدنة المطلقة على الأبد وهى لا تجوز لما وضعت ولكن يهادنهم على أن الخيار اليه حتى إن شاء أن ينبذ اليهم فان رأى أى نظر للمسلمين أن ينبذ فعل فان قال قائل فهل لهذه المدة أصل قيل نعم افتتح

رسول الله ﷺ اموال خيبر عنوة» (الشافعى ـــ الأم ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ١١٠) .

ويخلط الكثير بين الانباذ ـــ الذى هو وسيلة من وسائل انهاء المعاهدة ـــ وبين تغير الظروف الذى هو أيضا ـــ على قول الغالبية العظمى من الفقهاء ـــ سبب من أسباب انهاء المعاهدة .

وواضح من عبارة الشافعى أنها تحتمل المعانى التالية :

١ ـــ النظر لصالح المسلمين هو الاعتبار الاساسى المراعى فى ابرام المعاهدة . وإذن فهو الوضع الجوهرى الذى ينظر إن كان تغيره تغييرا فى الأوضاع بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة .

٢ ـــ إذا كان العهد لأجل وجب أن يتم لمدته وتبعا فان تغير الأوضاع نظرية لا تطبق على المعاهدات محدودة الأجل .

٣ ـــ إذا كانت المعاهدة غير محدودة الأجل ففى هذه الحالة للامام ـــ إذا ماكان فى ذلك تحقيق لصالح المسلمين ـــ أن ينقض هذا العهد فيقضى عليه إلى الأبد .

وفى قول آخر فان نظرية الشافعى هى أن تغير الأوضاع يدفع به فى المعاهدات غير محددة الأمد أما إذا كانت المعاهدة ذات أجل متفق عليه فان نظرية تغير الظروف لايجوز اعمالها تبعا للنظرية الإسلامية .

د ـــ إذا تحقق صالح المسلمين فان للامام أن ينهى المعاهدة بارادته المنفردة التى تمثل ارادة الدولة طبعا .

والمعانى التى اسلفتها كلها تتفق ـــ كما هو مبين فى عرضى الوجيز فى السطور السابقة ـــ مع بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة فى القانون الدولى . وانى وإن كنت لا أتفق مع الشافعى ـــ ومن سار على دربه ـــ فى أن تغير الظروف يجيز للطرف المضرور أن ينهى المعاهدة بارادته المنفردة ، كما اختلف معه فى قصر تطبيق النظرية على المعاهدات غير محدودة الأجل ـــ إلا أنى احب أن أوضح أن الأخذ بنظرية تغير الظروف لا يتعارض مع الأحكام الإسلامية

الصارمة فى شأن الوفاء بالعهد . إن الفقيه المعاصر يؤكد أن تغير الأوضاع مبدأ يؤكد القاعدة العامة التى تجعل من العقد شريعة للمتعاقدين ذلك أن قدسية المعاهدة إنما تستهدف اقامة المعاملات على أساس من الامانة والاستقرار . ولا يمكن أن نقول إن المعاهدة التى فقدت سبب وجودها تبقى على الرغم من ذلك أداة للاستقرار فى المعاملات لأن البقية الأساسية التى دفعت اليها لتحقيق أمن الطرفين وصالحهم قد تبدلت جذريا بحيث أصبح من المتعذر على المعاهدة أن تقوم بهذا الدور المسالم بل إن فى بقائها ملزمة تهديدا يبعث الشحناء والبغضاء بين طرفيها هذا فضلا على أن المعاهدة كتشريع تخضع لقاعدة تغير الأحكام .

ويكثر الفقهاء المسلمون الكلام فى تلك النقطة تحت مبررات عديدة مثل وجوب عدم منافاة المعاهدة لمقتضى عزة الإسلام فلو أن معاهدة ابرمت فى ظروف من الضعف وعدم القدرة ثم تعدلت الأوضاع فاستعادت الدولة الإسلامية قوتها وقدرتها فان المعاهدة تصبح باطلة ويكون على ولى أمر المسلمين أن ينهيها . وبدهى أن الفقهاء المسلمين ينظرون — فى تقرير هذا الحكم — من زاوية أن الإسلام يجب أن يعلو ولا يعلى عليه ولذلك قلت من قبل إن فكرة التكافؤ فى المعاهدات ليست من الافكار التى تتسق مع النظرية الإسلامية فى العهود ، كذلك من المبررات التى تذكر فى هذا المجال فكرة المصلحة على أساس أن غاية أحكام الشريعة هى رعاية مصالح الناس فى هذه الحياة الدنيا وفى الآخرة . ومادام أن مصالح الناس غير ثابتة فهى فى حركة دائمة وتجدد مستمر . ومن ثم فان الاحكام يجب أن تواكب هذه الحركة وتساير ذلك التجديد . ويقول ابن تيمية « إذا اشكل على الناظر حكم شىء هل هو على الاباحة أو التحريم فلينظر إلى مقدمته وثمرته وغايته . فان كان مشتملا على مفسدة راجحة ظاهرة فانه يستحيل على الشارع الأمر به او اباحته بل يقطع أن الشارع يحرمه » (عبد الحميد متولى — المرجع السابق ، ص ١٣٣ — ١٣٤) .

والمصالح في المعاهدات ــ وهي تشمل فروع القانون المختلفة ــ قد تكون مصالح حاجية (أى لنفى الحرج) وقد تكون مصالح ضرورية (أى لدفع الضرورة).(عبد الحميد متولى ــ المرجع السابق ص ١٣٥) .

ب ــ القوة الملزمة للمعاهدة بالنسبة لغير اطرافها :

قادت النظرة إلى المعاهدات على أنها ارتباطات عقدية إلى تطبيق المبدأ المعمول به فى القانون الداخلى الذى يقضى بأن العقد لايمكن أن يضر أو يفيد الغير . وأخذا بهذا المبدأ قالت المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى قضية « بعض المصالح الالمانية فى سيلزيا العليا » إن المعاهدة تخلق قانونا بين الدول الاطراف ولايمكن أن نستنبط منها ــ فى حالة الشك ــ أنها حقوق لصالح دولة غيرها وهذا هو النهج الذى سلكته ثلة من فقهاء القانون الدولى العام . ومال اليه وفاق فيينا (القسم الرابع م ٣٤ / ٣٨) .

ولكننا إذا نظرنا إلى العمل الدولى نجد أن هناك العديد من المعاهدات التى تضفى حقوقا أو تفرض التزامات على الغير . فمعاهدة فرساى مثلا منحت الدانمارك والسويد ــ وهما ليسا طرفا فيها ــ حقوقا فى لجنة الأودر ، ومنحت بالمثل لهولندا وسويسرا ــ وهما ايضا من غير اطراف المعاهدة ــ حقوقا فى لجنة نهر الرين . كما تضمنت المعاهدة ذاتها قيودا على ألمانيا بشأن احترام الوفاقات التى تبرم مستقبلا بين دول الحلفاء والدول المرتبطة بها . ومن ثم فانه يكون فرط حرص أن نقيس آثار الوفاقات الدولية ــ التى تنظم مصالح عامة ــ على أحكام القانون الداخلى فى العقد الذى هو يقرب مصالح متناقضة وينسق ارادات ذات غايات متعارضة . ولعل تلك الحقيقة اقضت مضجع المحكمة الدائمة للعدل الدولى فبدلت من مذهبها السابق وذهبت ــ فى قضية المناطق الحرة ــ إلى أن فى لمعاهدات عنصرا قانونيا كافيا ومتميزا ــ يمكن أن يصرف حقوق المعاهدة إلى الغير الذى ليس طرفا فيها ــ ولو لم ينص على ذلك ، وأكدت فى قضية قناة كييل أن معاهدة فرساى أرست نظاما قانونيا لقناة كييل له حجية قبل الجميع .

وهكذا يتضح لنا أن العمل الدولى ــ ومعه فريق من الفقه ــ يؤكد أن من المعاهدات مايمتد أثره إلى غير أطراف المعاهدة ، ولكن بحث الفقهاء ينصرف غالبا إلى الاشتراط لمصلحة الغير ، فى حين أن البحث يجب فى نظرى أن يتناول أثر المعاهدة بالنسبة للغير من حيث الحكم العام دون أن تخصص ذلك فى حالة بعينها . ولعل هذه البلبلة الفكرية ترجع إلى الخلط بين العقد والتشريع فى النظر إلى المعاهدة فأولئك الذين يرون فى المعاهدة عقدا تكبر على أنفسهم فكرة انصراف آثار المعاهدة إلى غير اطرافها . وأولئك الذين يرون فيها تشريعا يعجبون من قول التقليديين .

والرأى عندى أن انصراف أثر المعاهدة إلى غير اطرافها رهن بقدرة الارادة الشارعة التى سنتها، فلو أن الدول البحرية الكبرى مثلا ابرمت معاهدة تسن تشريعا للبحار فان الارادة الشارعة لتلك الدول بما تمثله من مصالح وماتملكه من امكانيات تستطيع أن تشرع للجماعةالدولية فى هذا النطاق . ولذا فان معاهدة كهذه تنصرف آثارها إلى غير أطرافها .

وإذن فالكلام عن القوة الملزمة للمعاهدة يقتصر على فرض واحد وهو أن تتضمن المعاهدة نصوصا من صناعة الاجتهاد الفردى لانه لولا المعاهدة لما اصبحت لتلك النصوص قوة الالزام التى كفلتها لها المعاهدة ــ أما إذا كانت المعاهدة مجرد تسجيل لاحكام اجمع عليها معظم علماء الامة ــ وتأخذ الحكم ذاته المعاهدة الجماعية التى تضم جميع الوحدات الإسلامية السياسية ــ فان الاحكام لها الحجية والالزام سواء أدرجت ضمن المعاهدة أم لم تدرج .

ولعل الميزة الوحيدة للمعاهدة هنا هو انها قد تضع الاحكام التى اجتمع عليها الاجتهاد فى صياغة اكثر تحديدا ووضوحا ، وهذه ميزة التقنين .

إن مقارنة هذه النظريات بالنظرية الإسلامية يتطلب منى أن اوجه النظر مرة أخرى إلى التفرقة التى اقيم على اساسها كثير من النتائج التى اميل اليها والاحكام التى انتقيها ، تلك هى التفرقه بين ماتتضمنه المعاهدة من أحكام قد تكون اجتهادا أو تقليدا وبين القوة الملزمة للعقد الدولى . ومادام أن المعاهدة

تتضمن احكاما اجتهادية فان حجتها على الغير ترتبط بمدى انصراف اثر الاجتهاد إلى الغير والتزامه به .

إن الاحكام التى استنبطت عن طريق الاجتهاد أو التى اخذ بها عن طريق التقليد لها فى ذاتها حجية من حيث هى رأى اهل الذكر الذين امرنا بأن نرجع اليهم لاستنباط الاحكام الفقهية فيما يحتاج إلى تفقه وفهم ، لان القياس من نوع العمل بما هو حجة فى الاصل ولكنه دون الثابت من الحكم بالنص فلا يصار اليه إلا فى موضع لايوجد فيه نص (اصول السرخسى ــ المرجع السابق ج ٢ ، ص ١٤٠) . وفى اثبات حجية الاجتهاد يقول سبحانه وتعالى « ولو ردوه إلى الرسول وإلى اولى الامر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم » . (النساء/٨٣) . وقد اختلف الفقهاء فى المقصود بالذين يستنبطونه منهم فقال بعضهم هم الامراء .وقال آخرون هم العلماء . وفهم الآية على أنها تقصد العلماء هو الفهم الذى اطمئن اليه وأرجحه فى هذا المقام .

لكن هذا الاجتهاد قد يكون اجتهاد آحاد وعندئذ فيمكن أن يقابل الرأى بالرأى والاجتهاد بالاجتهاد ويكون الناس بالخيرة فيما يتبعون من رأى ويستمدون من اجتهاد ، وتبعا فان حجية اجتهاد الآحاد لاتعنى أن هذا الاجتهاد له قوة الالزام على الغير حتما ولزاما . واجتهاد الآحاد تعبير ينصرف هنا إلى الاجتهاد الذى تجمع عليه دولتان تتعاهدان ولايقصد به اجتهاد احداهما فحسب .ولذا فانى اقصد به الاجتهاد الذى تتضمنه المعاهدات الثنائية أو مافى حكمها اى التى لم يصل عدد اطرافها إلى الحد الذى يعتبر بمثابة تعبير عن ارادة الجماعة الإسلامية أو الجماعة الدولية . أما إذا كان الاجتهاد جماعيا فان الامر يختلف لان الكثيرين من الفقهاء يعتبرون مخالفة الاجماع بعد انعقاده كمخالفة النص وهذا يكون فى المعاهدات الجماعية أو متعددة الاطراف . واقصد بالجماعية هنا المعاهدات التى يصل عدد اطرافها إلى حد يجعلها وكأنها تعبير عن ارادة الجماعة الدولية .

وفى حجية اجتهاد الآحاد والاجتهاد الجماعى يقول السرخسى « والدليل على أن الخطأ محتمل فى فتواهم ماروى أن عمرا سئل عن مسألة فأجاب فقال رجل : هذا هو الصواب فقال : والله مايدرى عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكن لم آل عن الحق ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه فيما اجاب فى المفاوضة : وإن كان خطأ فمنى ومن الشيطان . فعرضا انه قد كان جهة الخطأ محتملا فى فتواهم . ولا يقال هذا فى اجماعهم موجود إذا صدر عن رأى ثم كان حجة . لان الرأى إذا تأيد بالاجماع تتعين جهة الصواب فيه بالنص» (أصول السرخسى ـــ المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٠٧ ـــ ١٠٨) .

ومن ثم فان كانت النصوص المدونة فى المعاهدة ثمرة اجتهاد فردى فان لها حجية محدودة فلا ينصرف اثرها إلى الغير إذ تجوز معارضتها باجتهاد فردى آخر وهنا تؤدى المعاهدة مهمة رئيسة فى اضفاء الالزام على ذلك الاجتهاد الفردى بجعله واجبا على طرفى المعاهدة فى علاقاتهم المتبادلة . وقد تتمتع المعاهدة فى هذا الفرض بقوة نفاذ حيال الغير إذا لم يوجد اجتهاد معارض للاجتهاد الثانى أو مافى حكمه ولكن قوة النفاذ هنا قوة واقعية وليست قانونية .

أما إذا كانت نتاج اجتهاد جماعى فان حجيتها تكون عامة أى تنصرف إلى الغير لان دور المعاهدة فى هذا الفرض الأخير هو دور تقنينى فحسب اى أنها تقنن ماجرى الاجماع عليه وكسب قوة الالزام على جماعة المسلمين ، فالمعاهدة لاتضفى ـــ من حيث قوة الالزام ـــ جديدا على نصوص مجمع عليها ولذلك فان حجيتها تكون حيال اطرافها وحيال الغير على السواء. رب ناقد يظن أننى اناقض نفسى هنا أو أنفى عن الاجماع أنه أصل شرعى ثم أعود فأقول إنه حجة على الكافة . لا ورب الكعبة فانى على رأيى مقيم . إننى عندما اصرف حجية الاجماع هنا إلى الكافة إنما اصرفها بوصف أن الحجية هى حجية الاجتهاد الجماعى وليست حجية أصل شرعى . وقد صرفتها إلى الجماعة الإسلامية بعد أن اتسمت بقوة الالزام نتيجة ادراجها ضمن نصوص معاهدة ـــ لان الاجتهاد الجماعى يعنى عدم وجود اجتهاد مخالف، فلم لا تلتزم الأمة هنا باستنباط علمائها وقد تلاقت جهودهم على حكم واحد. وكيف تبرر الدولة الإسلامية

التى تعارض انصراف احكام المعاهدة اليها موقفها المعارض هذا إن هى أرادت أن تبنى دفعها على اساس من النظرية الاسلامية ؟!

انقضاء المعاهدات :

ويفرق الفقهاء بين إبطال المعاهدة وانهائها وايقافها .... فمؤداه وضع حد لاستمرار المعاهدة لما كان مقررا لها من قبل لأسباب واعتبارات تطرأ بعد تنفيذ المعاهدة فترة من الزمن .لكن يختلف انهاء المعاهدة عن ايقاف العمل بها أن الانهاء يضع حدا لوجود المعاهدة القانونية . بينما تظل المعاهدة قائمة قانونا فى حالة ايقاف العمل بها » (على صادق ابو هيف ـ القانون الدولى العام ، الاسكندرية ، ص ١٩٧٠ ، ص ٦٨١) .

وتنقضى المعاهدة ـ من حيث هى تشريع ـ حسب النظرية المعاصرة :

أ) بنص تشريعى ينص صراحة على هذا الالغاء . اى يشتمل على نص يتعارض مع النص القديم أو ينظم الموضوع ذاته وفى النطاق الشخصى عينه ـ ولكن بأحكام جديدة .

تنقضى المعاهدة ـ من حيث هى تشريع ـ حسب النظرية المعاصرة :

ب . طبقا لنصوص المعاهدة ، إذا انصرم الأجل المحدد لسريان المعاهدة ـ فان المعاهدة تنتهى فى هذه الحالة دون حاجة إلى اعلان خاص بذلك .

- بالارادة الشارعة أى يتقرر الانهاء حتى ولو لم يوجد نص فيها يقضى بذلك . لأن السلطة التى تملك المنح تملك المنع .

وانتهاء المعاهدة فى هذه الحالات لايحول دون الاستشهاد بها كوثيقة تثبت ماتضمنته من أحكام . كما أنه لا يحول دون تطبيق أحكامها على الأوضاع التى تدخل فى نطاق نفاذها الزمنى .

وعلى الرغم من أن القاعدة هى أن يحصل الانهاء طبقا لنص المعاهدة فاذا لم يوجد نص وجب أن يكون هناك اجماع بارادة شارعة تعادل الارادة الشارعة التى سنت المعاهدة. والحق أن العمل قد خفف من هذا التشدد لاسيما فى نطاق التنظيم الدولى ـ فنجد أن ميثاق جامعة الدول العربية مثلا يسمح للدولة

العضو بالانفصال عن العضوية ــ أى بانهاء المعاهدة بالنسبة لها ــ باخطار يوجه إلى المنتظم . فاذا انقضت على الانذار فترة زمنية معينة أصبح الانفصال نافذا .

ويجوز أن يقتصر الاتفاق على الانهاء على بعض الأطراف الأصلية . مثال ذلك اتفاقية سنة ١٩٣٦ بين بريطانيا والعراق والتى تخلت بمقتضاها بريطانيا ــ دون باقى الدول ــ عما لها من امتيازات فى العراق . وفى هذه الصورة ينتهى الوفاق الأصلى جزئيا لا كليا . ويقول الفقهاء إنه كما يجرى التنازل بالاتفاق يمكن أن يجرى كذلك بارادة منفردة . شأن الحال فى فرنسا عندماتنازلت بارادتها المنفردة سنة ١٩٤٣ عما لها من امتيازات فى الصين ــ وواضح أن الارادة المنفردة تنهى حكم المعاهدة هنا إذا كانت قد صدرت عن المستفيد من أحكام المعاهدة وذلك دون اضرار بأشخاص القانون الذين يحكمهم تشريع المعاهدة .

وأود هنا أن ألفت النظر إلى عدم الخلط بين طرق انقضاء المعاهدة وبين أسباب انقضاءالمعاهدة، فطرق انهاء المعاهدة هى ماقدمت . أما أسباب الانقضاء فهى : انتهاك أحكام المعاهدة ، وسقوط المعاهدة بالتقادم والترك . واستحالة تنفيذ المعاهدة (راجع فى تفصيل ذلك كتاب المؤلف ــ الغنيمى فى قانون السلام ، المرجع السابق ، ص ٣٥٠ ــ ٣٦٦ وقارن م ٦٠ من وفاق المعاهدات التى تعدد أسباب انقضاء المعاهدة) . وقد استندت مصر إلى انتهاك أحكام المعاهدة لالغاء معاهدة الصداقة والتعاون التى كانت قد أبرمت بينها وبين الاتحاد السوفيتى فى ٢٧ مايو سنة ١٩٧١ على أساس أن الاتحاد السوفيتى لم ينفذ الالتزامات العسكرية التى تفرضها المعاهدة عليه .

فاذا انتقلت من النظرية المعاصرة إلى النظرية الإسلامية كان لزاما كذلك أن افرق بين ابطال المعاهدة ــ وقد تعرضت فيما سلف من دراسة لاسباب بطلان أو فساد المعاهدة ــ وبين اسباب انقضاء المعاهدة وهو ماأعرض له الآن .

إن انقضاء المعاهدة الحديثة بنص تشريعي يمكن أن نقابله فى المعاهدة الإسلامية — من حيث هى اجتهاد — وذلك باجتهاد مقابل . وهنا أرانى مضطرا لان اذكر بما كررته وهى التفرقة بين فحوى المعاهدة وبين ماتتمتع به المعاهدة من قوة الزام .

أما فحوى المعاهدة فهو صلب الاجتهاد وقوامه فهل يجوز أن ينقضى هذا الاجتهاد باجتهاد مقابل ؟ إن الاجتهاد الذى تنبثق عنه أحكام المعاهدة — فى غير حالات التقليد قد يكون — كما أسلفت فى أكثر من موضع — اجتهاد آحاد أو اجتهادا جماعيا .

فان كان الاجتهاد اجتهاد آحاد فان السرخسى يقول « ولايجوز ترك الرأى بمثله كما لا يترك بقول التابعى وكما لايترك احد المجتهدين فى عصر رأيه بقول مجتهد آخر » (مبسوط السرخسى — المرجع السابق ج ٢ ، ص ١٠٧) وعلى هذا فالقول إنه « إذا ثبت حكم القياس فى محل فان ذلك الحكم لايرد عليه نسخ اصطلاحا لانه إذا فرض نسخه فالناسخ إما الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس فاما مع النص من الكتاب والسنة فالقياس يكون خطأ لانه لاقياس مع النص . وكذلك إذا ظهر أن الحكم الثابت بالقياس قد اجمع على خلافه لأن الاجماع لابد أن يكون مستندا إلى دليل ، أما ان حصل قياس آخر يخالف الأول فى الحكم فان ذلك يكون من باب تعارض الأقيسة فاذا رجح أحدهما تبين خطأ الأول فلا يرفعه » .

« وكما لاينسخ القياس لايكون ناسخا لانه لاسبيل إلى أن ينسخ نصا ولا إجماعا لأنه لايعارضهما ، أيضا لايكون القياس ناسخا آخر لأن القياس لايعرف الا بالرأى والاجتهاد . وبعد معرفته لايكون حجة الا بالنظر إلى المجتهد الذى توصل اليه برأيه واجتهاده ، أما غيره من المجتهدين فلا يكون حجة عنده ولايلزمه العمل به » (بدران أبو العينين بدران — أصول الفقه . القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٤٠٢ — ٤٠٣) .

إن هناك وقائع لم يدل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها اجماع « فهذه موضع الاجتهاد من أجله . وأكثر احكامها استنباط لافراد من المجتهدين وقفوا عليها حسبما وصلت اليه عقولهم ــ وهى أحكام ليست لازمة لوقائعها . ولايمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق ويجوز لاهل عصر واحد من المجتهدين أن يخالف بعضهم بعضا كما يجوز للمجتهد الواحد أن يرجع عن اجتهاده السابق إلى اجتهاد آخر ، وليس قول المجتهد بحجة ملزمة لكافة المسلمين إنما هو حجة ملزمة للمجتهد نفسه باعتبار أنه الحكم الشرعى فى غالب ظنه مادام باقيا على اجتهاده وهو أيضا حجة على من يستفتيه من المقلدين باعتبار أن مذهب المستفتى هو مذهب من يفتيه » (بدران ابو العينين بدران ــ الادلة المتعارضة ووجوه ترجيحها ، مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، العددان الثالث والرابع من السنة العاشرة ١٩٦١/٦٠ ص ١٤٧) .

وعلى ماقدمت فان ماتتضمنه المعاهدة من احكام اهتدى اليها فقه الآحاد لاينقضى بفقه معارض بل يظل ملزما للفقيه الذى اجتهد مابقى عليه كما أنه يلزم المستفتى ــ وهو هنا الدول أطراف المعاهدة ــ مادام أنها قد قبلت الالتزام بهذه الأحكام . ولكن هذا لايعنى أن رجوع المجتهد المفتى عما انتهى اليه من اجتهاد سجلته المعاهدة يؤدى إلى انقضاء المعاهدة ذلك أن الاجتهاد السابق تبقى له حجيته ولاتزول تلك الحجية بالاجتهاد الفردى اللاحق . وعند أبى حنيفة إذا كان من يخالف المجتهد فى الرأى أعلم بطريق الاجتهاد ويقدم عليه فى العلم فانه يدع رأيه لرأى من عرف زيادة قوة فى اجتهاده ، كما أن العامى يدع رأيه لرأى المفتى لعلمه بأنه متقدم عليه فيما يفصل به بين الناسخ والمنسوخ والمحكم والمتشابه ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لايدع المجتهد فى زماننا رأيه لرأى من هو مقدم عليه فى الاجتهاد من أهل عصره لوجود المساواة بينهما فى الحال وفى معرفة طريق الاجتهاد . ولاخلاف بين المتقدمين والمتأخرين فى أن قول الواحد من الصحابة حجة فيما لامدخل للقياس فى معرفة الحكم فيه ، وذلك نحو المقادير التى لاتعرف بالرأى فمثلا أخذوا برأى على تقدير المهر بعشرة دراهم وبقول عائشة فى أن الولد لايبقى فى البطن أكثر من سنتين . بيد أنه إذا كان

ذلك الاجتهاد هو الاجتهاد الفريد فى المسألة وليس هناك من رأى آخر أو اجتهاد فيها ، وقد يثور الشك هنا فى حجية الاجتهاد الذى رجع عنه صاحبه بالنسبة للدول التى اخذت به ، فقد يقال إن الاجتهاد السابق تستمر له حجيته وعندئذ تبقى المعاهدة صحيحة سليمة الأحكام ، وقد يقال إن هذا الاجتهاد عديل للاجماع وتكون حجيته هى حجية الإجماع عند من يقولون بالاجماع . والقول عندى أن هذا الفرض يأخذ حكم ماقال به الفقهاء فى الاجماع السكوتى فهو ذو حجية ولكنهم اختلفوا فى نوع تلك الحجية أهى قطعية أم ظنية ، فقد اختار جناح الأقلية فى الحنفية أنه اجماع يفيد حجة ظنية وذهبت الغالبية ومنها الحنابلة إلى أنه حجية قطعية كالاجماع الصريح . . .

أما المالكية والشافعية وبعض الحنفية فيرون أن مطلق السكوت لايحمل دائما على الاقرار بالحجية فقد يعنى عدم موافقة الفقهاء بسبب عدم اجتهادهم أو تعظيم من افتى أو خوف من حصول ضرر لو أن الفقيه أظهر قوله .

والذى يرجح عندى أن هذا النوع من الاجتهاد حجيته ظنية فهو يفيد الظن لأن الذى عرف عن الصحابة أنهم لم يكونوا ليسكتوا عن الحق أو ليخافوا فى الحق لومة لائم . أما عن الاجماع فيقول السرخسى إن مذهب علمائهم « أن الاتفاق متى حصل فى شيء على حكم ثم حدث فيه معنى اختلفوا لأجله فى حكمه فالاجماع المتقدم لايكون حجة فيه ... وقال بعض العلماء ذلك الاجماع حجة فيه يجب التمسك به حتى يوجد اجماع آخر بخلافه وبيان هذا فى الماء الذى وقع فيه نجاسة ولم يتغير أحد اوصافه . فان الاجماع الذى كان على طهارته قبل وقوع النجاسة فيه لايكون حجة لاثبات صفة الطهارة فيه بعد وقوع النجاسة فيه لأن الاجماع كان ثابتا فى عين على حكم لا لانه عين وإنما كان ذلك لمعنى وقد حدث معنى آخر خلاف ذلك ومع هذا المعنى الحادث لم يكن الاجماع قط فكيف يستقيم استصحابه ، وبه نظل نحن على ماكنا عليه . وعند بعضهم يكون حجة ويقولون قد انعقد الاجماع على حكم فنحن على ماكنا عليه من الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان الشيء لايرفعه ماهو دونه . ولاشك أن الخلاف دون الاجماع يوضحه أن التمسك باليقين وترك المشكوك

فيه أصل فى الشرع فان النبى ﷺ أمر الشاك فى التحدث . وكذلك فى الأحكام نقول اليقين لايزال بالشك » .

أما عن الاجتهاد الجماعى فقد انتهى الرأى إلى اعتبار الاجماع فى أى عصر سلطة عليا لايعلى عليها ، وهى تستطيع أن تحكم على نصوص القرآن والحديث وأنها لايمكن أن تحكم بهما ولا أن تبطل برأى آخر سابق أو لاحق . وعامة المسلمين يخضعون فى الواقع لهذه السلطة دون مناقشة ، اللهم فيما خلا بعض الخوارج والمعتزلة والشيعة .

« ولكن كيف نوفق بين موقف كهذا وبين الخضوع المطلق والولاء العميق الذى يضمره المسلم لله ولكتابه ولرسوله الذى هو المبلغ عن الله والمبين لكتابه ؟ وكيف يمكن أن يكون هذا الموقف بخاصة متوافقا مع منطق الإسلام الذى يبغض أشد البغض كل انقياد أعمى ولايعبأ إلا بمجد العقل والرأى الناضج حتى فى عقائده الأساسية ؟ ..

« جوهر القضية هو أن يكون لكل عضو مدركا لاستقلاله الأدبى ولمسئوليته الأخلاقية أن يعبر عن رأيه فى حرية بعد تأمل ناضج فى المشكلة المعروضة ..

« فعصمة الاجماع . التى هى موضوعنا هنا . ليست فى حقيقة الأمر منسوبة إلى المفكرين أنفسهم ولا إلى هذا النص الخاص أو ذاك مما يمكن أن نرفض صحته أو يختلف تأويله وتفسيره ولكنها قد تكون فى ذلك الرجوع إلى مجموع الوثائق القرآنية والنبوية الصحيحة ودراستها دراسة ناضجة ، وبناء عليها يؤسس مفكرونا مايصدرون من احكام » (محمد عبد الله دراز — دستور الأخلاق فى القرآن ، بيروت ١٩٧٣ ، ص ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٦ ، ٤٧) .

ذلك هو الرأى التقليدى فى الاجماع ، وهو رأى سبق أن رفضته فالاجماع عندى هو صورة من صور الاجتهاد كما قلت . ولذا فان الاجماع لايمكن أن يكسب قدسية ابدية فهو رأى والرأى يمكن أن يقابل بالرأى . على أن الذى أقبله — اهتداء بالقاعدة العامة التى تقضى بأن إهدار الحجية يجب أن يكون

بأداة لها القوة المعادلة أو المتفوقة ــ هو أن الاجتهاد الجماعى يجب أن يقابله اجتهاد جماعى لأن اجتهاد الآحاد قد يكون حجة ظنية أما الاجتهاد الجماعى فهو أقرب إلى القطع منه إلى الظن وتبعا فلا يجوز أن نهدر شبه اليقين بما هو ظنى . والطريف أن قضية الاجماع أثارت رجلا من العقليين فدفعته إلى أن يعلن أن الاجماع هو كل قول قامت حجته وإن كان قول واحد ولاقيمة لاجماع لايقوم على حجة .

وقد ينقسم مجتهدو العصر فى مسألة ما إلى رأيين ويجمع كل فريق على رأى فيها ، فهل يعتبر ذلك اجماعا أم لا ؟ للفقهاء فى ذلك ثلاثة آراء . أن جمهور الائمة على أنه لايجوز احداث رأى مخالف لاحد الرايين ، ويرى الشيعة وفريق من الحنفية والظاهرية أن ذلك لايعد اجماعا فيجوز احداث رأى ثالث مخالف .

وذهب نفر آخرون إلى أنه ينظر فى هذا القول الثالث فان كان لايرفع مااتفق عليه القولان جاز احداثه وإن كان يرفع مااتفق عليه القولان فلا يجوز احداثه .

ويختلف الفقهاء حول امكان تحقق الاجماع . فهناك من يرون أن الاجماع ــ بالمعنى المقصود فى الدراسة ــ لايمكن عادة أن ينعقد . فى حين يذهب جمهور الائمة إلى أن الاجماع ممكن وواقع بالفعل .

والرأى عندى أن الاجماع على التصور الذى قدمته (أى على صورة سياسية) ــ وهى المعاهدة الجماعية التى تضم البلاد الإسلامية إما كأحد طرفى المعاهدة وإما كأطراف للمعاهدة ــ ليس بمتعذر أن يتحقق . فهناك مثلا ميثاق الأمم المتحدة الذى يكاد يضم كل دول العالم إلا حفنة تعد على أصابع اليد الواحدة . وكذا المواثيق الخاصة بالوكالات المتخصصة . إن هذه السوابق تدل على أنه ليس من المتعذر ــ من حيث الواقع والممكن ــ أن تبرم معاهدة فيما بين الدول الإسلامية فتضمها جميعا أو بين الدول الإسلامية كلها كطرف وبين دول أخرى من دار المخالفين . وعندئذ فان ماتتضمنه مثل هذه المعاهدات من أحكام إما أن يكون اجتهادا جماعيا أو تقليدا فان كان اجتهادا جماعيا طبقت

على نصوصه الأحكام التي ينادى بها التقليديون بالنسبة للاجماع .

ويدعونى الكلام هنا للاستطراد إلى تغير الظروف . وقد سبق أن قلت إن تغير الظروف يمكن أن يؤدى إلى انهاء المعاهدة واعتبرت ذلك حكما يستجيب لقاعدة من القواعد العرفية فى قانون الأمم — أو قاعدة موضوعية فى النظرية الإسلامية ولكن هذا القول يحتاج إلى مزيد من التوضيح الآن .

إن تغير الظروف المبرر لانهاء المعاهدة هو التغير الجذرى بحيث تصبح أحكام المعاهدة غير عادلة بالنسبة لأحد طرفيها إذا نحن استمرينا فى تطبيقها على علاقة الطرف المضرور بالطرف الآخر — فاذا قلت إن احكام المعاهدة فى النظرية الإسلامية هى صورة للاجتهاد ، فان تغير الظروف — لكى يكون مبررا للانهاء — لابد أن يرتب عدم صلاحية هذا الاجتهاد لأن يحقق المصالح المشروعة لاحد الطرفين والتى كانت محل اعتبار عند ابرام المعاهدة . وفى قول آخر فان فكرة تغير الظروف تضعنا حيال الاجتهاد امام صورة خاصة وهى حق أحد أطراف المعاهدة فى التحلل من أحكام ذلك الاجتهاد لانه لم يعد صالحا من حيث الزمان أو المكان — أو كلاهما — بالنسبة لدولة طرف فى المعاهدة .

إن هذه الصورة لاتثير اشكالا فى المعاهدات الثنائية — ويدخل فى حكمها المعاهدات التى تضم عددا محددا من الدول الإسلامية — لأن حجية اجتهاد الآحاد إنما تلزم المجتهد حتى يبدى رأيا مخالفا كما أنه تجوز مقابلة الرأى بالرأى . وإنما يثور الاشكال حقا بالنسبة للمعاهدات الجماعية التى تتضمن أحكاما اجمعت عليها الدول واصبحت — عند اصحاب الفكر التقليدى — ذات حجية كالنص فلا تجوز معارضتها . ولكن ليس هذا هو الرأى عندى — ذلك انى اسلفت أن الاجتهاد فى صورتيه — الآحادى والجماعى — يمكن أن يقابل باجتهاد مثله ومن درجته . وتبعا فليس هناك حرج على الدولة حتى ولو كانت طرفا فى معاهدة جماعية — من أن تنهى أو تعدل من اتفاقية هى طرف فيها إذا كان لذلك مبرر من تغير الظروف والأوضاع .

هذا عن نصوص المعاهدة فيما تضمنته من أحكام شرعية . وبقى أن اناقش المعاهدة من حيث قوة الزامها للطرفين ، وكيف تنقضى هذه القوة الالزامية . إن مناقشة هذه النقطة تقترب بنا — فى أكثر من موضع — من الدراسة التى يجريها الفقهاء فى نطاق العقود الشرعية .

ومن الطلى قبل أن اتكلم عن فك عقدة الالزام أن أعود فأؤكد مدى الأهمية التى توليها النظرية الإسلامية إلى العهد وتمسكها بضرورة الوفاء به وأمرها بالوقوف عنده — بقطع النظر عن اى اعتبار — مادام أن الطرف الآخر لم ينقص منها شيئا واستشهد من القرآن الكريم ببعض الآيات فأكرر قوله عز وجل « وإن استنصروكم فى الدين فعليكم النصر إلا على قوم بينكم وبينهم ميثاق والله بما تعلمون بصير » (الأنفال / ٧٢) وهذه الآية الجليلة تؤكد قوة الميثاق ولو فى سبيل نصرة مسلمين مضطهدين يستنصرون المسلمين . وفى هذا مافيه من الروعة فان لرعاية المواثيق اثرا كبيرا فى اشاعة الطمأنينة والسكينة فى العلاقات الدولية .

« أن الله برىء من المشركين ورسوله فان تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فاعلموا أنكم غير معجزى الله وبشر الذين كفروا بعذاب اليم الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينتصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين » (التوبة / ٤) . ففى هذاالنص — على الرغم من أنه مرحلى وأنه يواجه واقعاقدلايتكرر فى حياة الأمة الإسلامية — حرص الإسلام على أن يستثنى من العهود التى برىء منها الله ورسوله تلك التى حافظ اصحابها عليها ولم يخالفوا احكاما لها .

ثم إن القرآن الكريم فى وصفه لأهل البر ادخل بينهم « الموفون بعهدهم إذا عاهدوا » (البقرة / ١٧٧) . ويطول بنا الحديث لو أننا اردنا استعراض هذه الأحكام وتفصيلها ولكنى أورد هنا خطرات — سبقها التفصيل — للتذكرة فان الذكرى تنفع المؤمنين . واذكر على النمط ذاته بعضا من الأحاديث الشريفة .

قال ﷺ « من قتل [illegible] عليه الجنة » . وفى حديث آخر « ألا من قتل نفساً معاهدة [illegible] الله و[illegible] رسوله فقد اخفر بذمة الله فلايرح رائحة الجنة » .. وقال « [illegible] ذمة الله وذمة رسوله فيشد الله قلوب أهل الذمة فيمنعون ما فى أيديهم » . وفى حديث أبى رافع قال الرسول « انى لا أحبس بالعهد ولا أحبس البرد » (الاحاديث نقلت عن ابن الأثير الجزرى — جامع الأصول من أحاديث الرسول ، القاهرة ١٩٥٠ ، ج ٣ ص ٢٥٦ — ٢٥٩ .

وقال سليم بن عامر « كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم ليقرب حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول : الله اكبر ، الله اكبر . وفاء لاغدرا . فاذا هو عمرو بن عبينه فأرسل اليه معاوية فسأله فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولايحلها حتى ينقضى أمرها أو ينبذ اليهم على سواء ، فرجع معاوية » (أخرجه الترمذى وأبو داود . إلا أن فى رواية الترمذى « الله اكبر » مرة واحدة) .

أعود بعد هذا إلى نقطة البحث ، ويمكن أن أقسم الطرق التى تنقضى بها القوة الملزمة للمعاهدة إلى طريقين :

(أ) الانقضاء طبقا لنصوص المعاهدة — وذلك إذا نفذت المعاهدة تنفيذا كاملا — كالمعاهدة لتحديد الحدود بين دولتين — وذلك بعد تمام تعيين الحدود — أو إذا انصرم الأجل المحدد لسريان المعاهدة . وتنتهى المعاهدة فى هذا الفرض دون حاجة إلى اعلان خاص بذلك مالم يوجد نص فى المعاهدة على غير ذلك أو ان يقرر أحد الطرفين — استنادا إلى نص فى المعاهدة — انهاء المعاهدة . أو ان يتفق الطرفان على ذلك الانهاء .

وعندما أقول إن المعاهدة تنتهى طبقا لنصوصها فاننى اقصد بذلك النصوص الصريحة والضمنية منها . وهذا الطريق من طرق انقضاء المعاهدة تكاد تتماثل فيه النظرية المعاصرة مع النظرية الإسلامية .

(ب) انقضاء المعاهدة بتصرف خارجى ، وتتجمع أهم طرق الانقضاء هذه حول :

١ ــ انتهاك أحكام المعاهدة ولايترتب على انتهاك احكام المعاهدة انقضاؤها تلقائياوانما تصبح قابلة للفسخ . والذى له حق الفسخ هو الطرف البرىء الذى كان ضحية انتهاك الأحكام .

٢ ــ والاخلال الذى يجيز الفسخ يجب أن يكون اخلالا جديا سواء كان اخلالا بنص من نصوص المعاهدة أم بروحها .

ومن الصور التى ترد على السنة الفقهاء فى خصوص هذا الطريق من طرق انهاء المعاهدات الانهاء بما يسمى « الانباذ » . وهو أن يحصل من الكفار مايدل على أنهم نبذوا العهد اى نقضوا العهد ولم يعملوا به .

وأصل هذا الحكم هو قوله تعالى « وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء » (الانفال / ٥٨) . والآية الكريمة توجه الحديث إلى النبى ﷺ فتأذن له ــ بل تأمره ــ إن هو خاف من عهيده نقضا لما بينه وبين العهيد من المواثيق أن ينبذ اليه عهده على سواء أى أن يعلمه بأنه قد نقض عهده حتى يبقى علمه وعلم العهيد بأنه حرب لهم والعهيد حرب للرسول وأنه لا عهد بين الرسول وبين العهيد على سواء أى يستوى الرسول والعهيد فى ذلك .

وقد فسر البعض الآية الكريمة على أنها تعنى أن يكون انباذ العهد على مهل لأن الله لايحب الخائنين حتى ولو فى حق الكافرين .

ويتضح من الآية الطاهرة :

١ ــ أن الخوف من الخيانة أى خشية النقض هى مبرر الانباذ . وهنا يمكن أن يثور التساؤل عن مدى انسجام حكم هذه الآية مع ماسبق أن قدمته فى شأن الوفاء بالعهد والتمسك به واحترام احكامه . ذلك أن مجرد الخوف يكفى الانباذ مع أن الخوف ظنى والعهد الذى تبرمه الدولة الإسلامية يقين فكيف يسقط اليقين الثابت بالظن ؟ .

يجيب الفقه الإسلامى على ذلك بأن الخوف قد يأتى بمعنى اليقين ويستشهد على ذلك بقول العزيز الحكيم « مالكم لاترجون لله وقارا » (نوح / ١٣) ، فهنا جاء الرجاء بمعنى العلم .

ثم إنه إذا تأكد للمسلمين دليل الخيانة كان نبذ العهد دفعا لما قد يحيق بالمسلمين من هلاك وما ينالهم من اضرار لو أنهم استمروا على عهودهم مع قوم هذا حالهم . فسقوط اليقين فى هذا الفرض أمر جائز لأنه نوع من مقابلة المثل بالمثل فضلا على مافى ذلك من معنى الدفاع المشروع ، (الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ـــ ج ٨ ، ص ٣١ ، ٣٢) .

٢ ـــ أن هذا التبرير يعنى ـــ فى نظرى ـــ أن الفقهاء الذين قالوا به يكادون يشترطون لنبذ العهد أن يصل الخوف إلى مرحلة اليقين وأن يتأكد على وجه القطع المبين . أما الخوف الذى لايتأسس على دلائل دامغة وحجج ساطعة فلا يكفى لنبذ العهد . وإذا جاز لى أن أدلى دلوى هنا فانى أعتقد أن حمل الأحكام الخاصة بالوفاء بالعهد بعضها على البعض الآخر يقتضى أن نتشدد فى الشروط التى تسمح بنبذ العهد ، ولذا فان الآية تعنى فى نظرى أنه إذا اتضح بما لايدعو إلى الشك أن العدو قد استقر قراره على نقض العهد.والغش فى أداء مايفرضه عليه من التزامات كان لنا الحق فى أن نسبقه ولا ننتظر حتى تنقلب هذه النية المؤكدة المبيتة إلى واقع عملى ، فالخوف هنا ليس خوفا من خيانة العهد وإنما خوف من أن تصبح هذه الخيانة حقيقة . وإذن فمجرد توافر مايحتمل معه أن يقع من الخصم خيانة لايكفى لنبذ العهد بل لابد من أن يتحقق مايثبت معه خيانة الخصم . والفرق بين الفرضين فرق واقعى يعتمد على مايصل إلى علم الدولة وتقديرها النزيه الجدى .

والمثل يوضح ماأقول . فلو أن دار صلح تلكأت فى دفع أموال الجزية ولو كان ذلك التكلؤ عن عمد فقد لايكفى هذا لتطبيق حكم الآية أما إذا أصدرت تعليماتها بعدم جباية أموال الجزية لأنها سوف لاتوفى بها فى عامها فان ذلك قد يقوم دليلا على انتواء الخيانة ويكون مبررا مقبولا للخوف من الخيانة ، وتبعا

لنبذ العهد . وهذا هو الذى يتفق مع الحديث الشريف الذى ذكرته من قبل . عندما قيل للرسول إن المشركين سينتقضون العهد فقال « وفوا لهم واستعينوا الله عليهم » . ويدعونى الاستطراد إلى أن أذكر هنا للتدبر أن بعض الفقهاء يأخذ بمنطق عكسى وهو أن المعاهدات ـــ سواء أكانت عادلة أم غير عادلة ـــ هى مظنة الغدر فكيف يمكن الوفاء مع توقع الغدر .

وهذا المنطق يدعونى إلى تحرى ماإذا كان معنى هذا أن حكم الآية ينطبق على علاقة المسلمين بغير المسلمين فحسب . أم أن حكمها عام يسرى على العهود جميعا ولو كان طرفاها دولتين مسلمتين . لعل الخيانة غير مقصودة فى علاقة المسلمين بعضهم بالبعض الآخر كما أن وحدة الدولة الإسلامية كانت فى خلفية المفسرين وهم يوضحون معنى الآية ومقصودها . لكن واقع العالم الإسلامى اليوم ـــ وتفتته إلى عدة دول ـــ لابد أن يدعونا إلى طرح هذا التصور وبحث حكمه على هدى من الآية الكريمة .

والقول عندى إن الخيانة ـــ فى معنى نقض العهد ـــ أمر يمكن أن يتوقع فى علاقة دولة اسلامية بدولة اسلامية ذلك أن القرآن الكريم توقع أن تطغى طائفة من المؤمنين على طائفة أخرى . وإذن فالطغيان يمكن أن ينطوى على نقض للعهد . كما انه اجراء قد تمارسه الدولة غير الإسلامية فى حق دولة اسلامية إذا توافرت شروطه .

قد يرد على ذلك بأن سياق الآية جاء بصدد أحكام تتعلق بالكفار فقد سبقها قوله تعالى « وإن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهم لا يؤمنون الذين عاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم فى كل مرة وهم لايتقون فاما تثقفنهم فى الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يتذكرون » (الانفال / ٥٦ ـــ ٥٧) .

وهذا اعتراض له وجاهته فالآية تخاطب الرسول فى علاقته بالكفار وتضع له قواعد يسير عليها فى معاملة هؤلاء الكفار . ولكن هذا لايمنع من أنها وضعت فى الوقت ذاته قاعدة عامة بالنسبة للعهود . فاذا أردنا أن نسن قواعد دولية اسلامية فاننا يجب أن نعترف بأن هذه القواعد تحكم العلاقات الدولية بغض

النظر عن اطرافها وأن نبذ العهد اجراء يمكن أن يتخذ ضد الدولة الإسلامية إذ خانت عهدها لاسيما وأن خيانة العهد فكرة منبوذة كلية من الشريعة الإسلامية وتبعا فلا بد لها من جزاء ، فضلا على أنها قد يرد عليها بالمثل والمعاملة بالمثل فى الوفاء بالعهود لابد أن تكون من المبادىء الاسلامية العامة .

إذن يجب أن تكون الخيانة على جانب من الجدية فى معنى أن النقض منسوب إلى الدولة المعاهدة وصادر عنها أو عمن تسأل عنهم ويمس جانبا من الجوانب ذات الأهمية فى المعاهدة . فلو أن رجلا خرج مثلا من دار الصلح وأفسد فى دار الإسلام وقطع الطريق وأخاف الناس فان هذا لايعتبر خيانة ولانقضا للعهد من قبل الدولة المعاهدة لأن تلك الدولة لاتسأل عن اعمال ذلك الرجل مادام أنه خرج وفعل مافعل دون إذن حكومته ومادام أن حكومته لم تقصر فى اتخاذ الاحتياط اللازم لمنع فعلته وإن لم تنجح فى ذلك . أما إذا كان الفاعلون جماعة من الناس فالأمر بين فرضين : أن تنفصل تلك الجماعة عن دولتهم وتصبح من أهل المنعة ، وهذا يرفع مسئولية دولتهم عنهم ولكن المعاهدة تنقضى بالنسبة لهم ، وبين أن يخرجوا باذن حكومتهم أو بعلمها دون أن تتخذ الحكومة من الاجراءات مايقصد إلى منعهم ، وعندئذ تنقضى المعاهدة وتنبذ .

٣ — يجب اعلام الخصم بنقض العهد ، وهذا معنى قوله تعالى « فانبذ اليهم على سواء » أى الق اليهم نقضك العهد لتكون أنت وهم فى العلم بالنقض سواء (ابن تيمية — تفسير غريب القرآن بتحقيق السيد أحمد صقر ، القاهرة ١٩٥٨ ، ص ١٨٠) . والحكم هنا يستهدف الا يكون نبذ العهد عملا من أعمال الغدر فهو يقابل الخيانة بالشرف والخسة بالوضوح . ولذا أمرت الطرف ضحية الخيانة بأن يعلن خصمه صراحة بنبذ العهد ، وتبعا فلو أن نبذ العهد رتب اندلاع الحرب بين الطرفين فان مقتضى الآية أن يعلن المضرور خصمه الخائن بهذه الحرب مسبقا . وكأن الآية قد سبقت — فى خصوص الزام الدول باعلان الحرب قبل شنها — ماجاءت به اتفاقيات لاهاى سنة ١٩٠٧ فى شأن الحرب البرية .

ولايجوز لمن نبذ العهد طواعية لحكم الآية أن يعتبر أن المعاهدة قد انقضت، وأن نبذها اصبح حقا مشروعا له إلا بعد أن يتأكد من أن خبر نبذ المعاهدة قد بلغ للدولة الخصم بالطرق السلمية وأن هذا الخبر قد وصل الجهات المسئولة فى تلك الدولة وأبلغته تلك السلطات لشعبها . ذلك أن هؤلاء الذين عاهدناهم لهم — بحكم هذا العهد — حقوق يحرم نقضها أو الاعتداء عليها بأى نوع من أنواع الاعتداء . وعلمهم بنبذ العهد هو الذى يرفع هذا الأمان عنهم ، وهم إلى ذلك الوقت فى هذا الأمان (شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ ، ص ٢٩٤) .

على أن هذا لايعنى أن تقوم الدولة المضرورة بالتحرى والتحقيق داخل الدولة الخائنة للتأكد من أن الأخيرة قد أبلغت مواطنيها فذلك قد يعد من قبيل التدخل غير المشروع فى شئون الدولة الخائنة . ثم إن فيه من الارهاق على الدولة المضرورة مالا يقبل معه أن نفرضه التزاما وشرطا مسبقا على نبذ العهد . ولذا يجوز منطقا أن تكتفى الدولة المضرورة — فى افتراض أن نبذ العهد قد وصل إلى علم من يجب أن يصل إلى علمهم — ان تتوافر قرائن مقبولة فى هذا الخصوص كأن يكون خبر نبذ العهد قد بلغ مثلا لرئيس الدولة الخائنة أو لوزير خارجيتها . وعندما أقول تكفى القرائن فى هذا الخصوص أعنى أن القرائن تقيم حجة لصالح الدولة المضرورة ولكنها إذا لم تكن قرينة قاطعة كان من الجائز اثبات عكسها .

وبدهى ان التزام الدولة المضرورة باعلان النقض مشروط بالخوف ومرتبط به فلو أن الضرر تحقق فعلا فلم يعد الأمر خوفا بل تعدى الخوف إلى الواقع فلا يكون هناك معنى للاعلان . فلو أن الدولة الخصم شنت الحرب فجأة على الدولة الإسلامية فلا يكون هناك محل للانذار بالنبذ وإنما يقاوم العدوان بمثله استجابة لضرورات الدفاع الشرعى . مثال ذلك مافعله أهل ضبيرياس الذين صالحوا قائد المسلمين فى عهد أبى بكر ثم هاجموا المسلمين فجأة فى عهد عمر الأمر الذى دفع القائد « أبو عبيدة » إلى أن يصدر أوامره إلى عمرو بن العاص بمهاجمتهم دون انذار .

٤ ـــ فاذا توافر الشرطان السابقان وتحقق علم الخصم بنبذ العهد كان على الدولة المضرورة التزام بأن تبلغ رعايا الدولة الخصم إلى مأمنهم وفاء بما بين الدولة المضرورة والدولة الخائنة من عهد لأن الغدر ليس من الإسلام فى شىء . فقد قال رسول الإسلام « أربع من كن فيه كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذ خاصم فجر » . وهكذا نجد أن نبذ العهد لم يشرع لكى يفتح بابا سهلا تنفذ منه الدولة إلى نقض عهودها وإنما قيد بقيود ، وتبعا يجب اثبات أن الخصم هو الذى بدأ بنقض العهد وأن نقضه للعهد كان جديا ويمكن أن يهدد المصالح الحيوية للدولة المعاهدة ، وعندئذ يجرى نبذ العهد باعلان أو اخطار يوجه إلى الدولة الخصم فى علانية ووضوح كى يصل إلى علم شعب الدولة الخصم ولايكون خافيا على أحد أو يكون مفاجأة غادرة . والعدالة تقضى بأن تعامل الدولة غيرها بمثل ماتعاملها به . ومع ذلك فان الآية لم تسر فى المعاملة بالمثل إلى اقصى المدى لانها مقيدة بمثل فاضلة ومبادىء سامية تأبى على الدولة الإسلامية انتهاك حرمة الفضيلة ولو انتهكتها المخالفة من الدول . ولذلك يقول الرسول ﷺ « لكل غادر لواء يوم القيامة ، وأعظم لواء غدرة ، لواء أمير عانة » .

(ب) الطريقة الثانية من طرق انقضاء المعاهدة هى الاستحالة أى استحالة تنفيذ المعاهدة . والاستحالة على أنواع : فقد تكون عملية كاستحالة تسليم متهم متوفى ، أو قانونية باستقرار قاعدة من قواعد النظام العام بعد ابرام المعاهدة تجعل تنفيذ المعاهدة مستحيلا قانونا سواء جرى الاستقرار عن طريق الاجتهاد أم عن طريق السوابق ، أو موضوعية كالقوة القاهرة .

ويحلو لى أن الفت النظر إلى أن حالة الضرورة وقاعدة بقاء الأوضاع على حالها تدخلان تحت المفهوم العام لاستحالة التنفيذ .

ويناقش الفقهاء التقليديون هذه الطريقة لانهاء المعاهدة تحت عنوان « نفى الحرج » ، حيث أن هذا المبدأ يستهدف دفع المشقة عن الناس واعفاءهم مما قد ينالهم من حرج ، وطبعى ان المشقة المقصودة هنا هى المشقة التى تتجاوز

ماعتاده الناس بحيث لايمكن لهم احتمالها أو الاستمرار على تحملها ولو بذلوا أقصى مافى وسعهم من طاقة ، ومايترتب عليه تلف الناس أو المال أو العجز المطلق عن الأداء . ومن لطف الله على عباده أن شرع لهم من أجل دفع هذه المشقة التى تتخطى الاحتمال ــ الرخص المخففة . وقد دل على ذلك قوله عز وجل « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » (البقرة / ١٧٣) . ولما كانت الرخصة مبنية على اعذار العباد ــ واعذارهم مختلفة ــ فإن الفقهاء يقسمونها إلى أقسام على خلاف بينهم .

فالحنفية يقسمون الرخصة إلى رخصة حقيقية ــ ويطلقون عليها رخصة الترفيه وتتناول ما استبيح مع قيام المحرم والحرمة ، أو ما استبيح مع قيام المحرم دون الحرمة ــ ورخصة الاسقاط وتتضمن الحكم الذى يسقط لعذر من الاعذار بالنسبة لبعض الأفراد مثل اباحة الميتة للمضطر ، والأحكام الشاقة على المسلمين كقطع موضع النجاسة .

أما جمهور الفقهاء فيقسمونها إلى الأقسام الأربعة التالية :

١ ــ استباحة فعل المحرم عند الحاجة والضرورة كمن يلفظ بلفظ الكفر وقلبه عامر بالايمان « من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان » (النحل / ١٠٦) .

٢ ــ استباحة فعل الواجب إذا كان فى فعله مشقة تلحق المكلف كاستباحة الفطر فى رمضان للمسافر .

٣ ــ مانسخ من الأحكام الشاقة التى كانت على الأمم السابقة مثل قتل النفس فى التوبة من المعصية « فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم » (البقرة / ٥٤) .

٤ ــ ماشرع من عقود للمعاملات استثناء من القواعد الأصلية المقررة شرعا مثل الاستصناع فانه من قبيل بيع المعدوم ، وبيع المعدوم باطل شرعا .

والرأى عندى أن الرخص ليست استثناء بل هى حكم أصيل لأن توافر ظرف من الظروف التى اسلفت ذكرها ــ فيما عدا النوع الذى ذكرته فى

البند الثالث ــ هو بلاشك حكم أصيل ــ يعنى أن شرائط تطبيق القاعدة الأصلية غير متوافرة ، وتبعا فانه يصار منها إلى قاعدة اصلية اخرى هى التى يطلقون عليها الرخصة . فالنطق بالكفر مثلا عند الاكراه مع اطمئنان القلب بالايمان ليس استثناء من قاعدة اصلية وانما هو حكم خاص يخصص الحكم العام وهو عدم جواز التلفظ بالفاظ الكفر . وقد اختلف العلماء فى كون العزيمة والرخصة من الحكم التكليفى أو الوضعى فمن رأى أنهما يرجعان إلى الاقتضاء والتخيير ورأى أن العزيمة اقتضاء والرخصة تخيير عدهما من التكليف ، ومن رأى أن الرخصة فى الحقيقة عبارة عن وضع الشارع وصفا من الأوصاف سببا فى التخفيف والعزيمة عبارة عن اعتبارها يرى العادات سببا للجرى على الأحكام الأصلية الكلية عدهما من الوضعى .

ومن هنا أقول إن دخول الدولة الإسلامية مع دول المخالفين فى معاهدة صداقة وتعاون غير محدودة الأجل ــ مثل ميثاق الأمم المتحدة فى زماننا هذا ــ لايجانب أحكام الشريعة ولايخالف مبادئها لأنه استجابة لضرورات معاهدة تقتضيها أوضاع الجماعة الدولية . ولايعتبر هذا حكما استثنائيا وإنما هو حكم اصيل استنادا إلى قاعدة اصيلة وهى نفى الحرج ودفع المضرة ، فإذا ماانتفت شروط تطبيق هذه القاعدة سقط حكمها ووجب تبعا وقف الآثار المترتبة عليها والنكوص عن الالتزامات الناجمة عنها ، ويمكن أن نعزو ذلك إلى القاعدة العامة فى تغير الظروف لأنها كما اسلفت تعتبر فى نظرى قاعدة عامة ــ وليست شرطا ــ يحكم الالتزام فى صوره المختلفة ويحدد أمده ومداه .

(ج) السقوط بالتقادم ، ذلك أن المعاهدة تسقط بسكوت أطرافها عن عدم تنفيذ أحكامها فترة من الزمن . وعلى الرغم من أن هذه الفكرة ــ لاسيما بالنسبة للتشريع ــ ليست محل قبول اجماعى فى التشريعات الداخلية فإن هناك شبه اجماع على الأخذ بها فى القانون الدولى .

ويبدو أنه لابد أن ينقضى وقت ممتد لكى يمكن الاحتجاج بأن المعاهدة قد سقطت بالتقادم . ولذلك نجد أن بريطانيا تعلن فى برلمانها سنة ١٩٤٣ أن المعاهدة

التى ابرمت سنة ١٦٧٣ بينها وبين البرتغال لازالت قائمة . بيد أننى اعتقد أن مرور عدة قرون على المعاهدة كاف لاعتبار أنها سقطت بالتقادم . والقول بأنها لازالت قائمة بعد كل هذه الفترة هو نوع من التجديد الرضائى وليس استمرارا للقديم ، ولذا يجب أن تتلاقى فيه الارادة الشارعة لبريطانيا مع الارادة الشارعة للبرتغال . على أنه لايجوز أن يتخذ من السكوت وحده دليلا على سقوط احكام المعاهدة بالتقادم ، بل يلزم أن تقوم إلى جانبه قرائن تؤيد ذلك .

. والحكم فى الشريعة الإسلامية هو أن الحق ـ كقاعدة عامة ـ لا يسقط بالتقادم ولكن إذا مضت مدة طويلة كان للمشرع أن يمنع سماع الدعوى إذا انكر الخصم الدعوى . (زهدى يكن ـ المختصر فى الوقف ، بيروت ١٩٦٦ ، ص ١٠٦) « استثنوا الغائب والوقف ولم يثبتوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله فى الخيرية من المقرر أن التحرك لا يتأتى من الغائب أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة للدعوى عليه فلا فرق فيه بين غيبة المدعى والمدعى عليه وكذا الظاهر فى باقى الاعذار أنه لامدة لها لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف فانه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة لاتسمع كما أفتى به فى الغامدية اخذا مما ذكر فى البحر فى كتاب الدعوى عن ابن الفرس عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على الحق ظاهرا . وفى جامع الفتوى عن تناول العتابى قال المتأخرون من اهل الفتوى لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة الا أن يكون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه اميرا جائرا . ونقل عن الخلاصة لاتسمع بعد ثلاثين سنة أ هـ ثم لايخفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطانى بل هو منع من الفقهاء فلا تسمع الدعوى بعده وإن امر السلطان بسماعها » (نقلا عن محمد امين الشهير بابن عابدين ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، القاهرة ١٣٢٥ هـ ، ج ٤ ، ص ٣٥٨) .

...

كذلك فإن التقادم وإن لم يكن سببا من أسباب سقوط الحق فإنه قد يكون قرينة على ذلك والاثبات بالقرائن هو من الأمور التى اعتقد أن حجج المقرين به من الفقهاء المسلمين لها دلالتها المقنعة وأسانيدها المشبعة . ومايعتبر قرينة عند الفقهاء محل خلاف « والذى أختاره وأرجحه هو تعريف الشيخ عبد العال عطوة أن القرينة هى الأمارة التى تدلنا على الأمر المجهول استنباطا واستخلاصا من الأمارة المصاحبة والمقارنة لذلك الأمر الخفى المجهول ، ولولاها لما أمكن التوصل إليه فالبعرة تدل على البعير وأثر السير يدل على المسير »(ابراهيم بن محمد الفائز ــ الاثبات بالقرائن فى الفقه الإسلامى ، المكتب الإسلامى ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٦٣) . وعندئذ قد يكون التقادم بينة فى انقضاء المعاهدة ، أو ظاهر حال يشهد بانقضائها « إن القرائن ليست مقصورة على القرائن النصية أو الشرعية ، وهى التى نص عليها الشارع بل إن كل امارة يمكن استنباؤها من واقعة مع قوة المقارنة والمصاحبة بينهما ، يمكن الاعتماد عليها فى القضاء ، واعتبارها وسيلة فى الاثبات وهذا يسمونه بالقرائن القضائية والفقهية ، وهذا ــ بطبيعة الحال ــ يختلف باختلاف العصور والأعراف والعادات والتقدم العلمى »(الفائز ــ المرجع السابق ، ص ٣١٢) . ولا أريد أن أطيل فى مناقشة الموضوع فقد تعرضت له بهدف توضيح أن النظرية الإسلامية لاتقر بسقوط الحق بالتقادم ولكنها تجيز ــ عند الانكار ــ أن تتقادم الدعوى التى تحمى الحق . والتقادم هنا قد يكون سلطانيا ــ اى بأمر من ولى الأمر ــ أو فقهيا ــ اى باجتهاد الفقهاء . ويختلف الفقهاء حول مدة التقادم المسقطة للدعوى والمانعة من سماعها . واذن فالحقوق التى تقررها المعاهدات لاتسقط بالتقادم ولكن يجوز سماعها باتفاق الطرفين أو بناء على قاعدة عرفية دولية وأن يمنع سماع الدعوى بحق تدعيه دولة طرف ضد دولة طرف آخر ــ إذا انكرت الدولة المدعى عليها الحق وذلك إذا مضت المدة الاتفاقية أو العرفية . ومن هنا يمكن أن اقرر أن احكام العرف الدولى الراهن ــ هى التى تحكم لنا القاعدة فى هذه الحالة . وفى قول آخر فان النظرية الإسلامية تعتبر هذا من قبيل شئون الدنيا التى تترك تقريرها للدولة الإسلامية حسب مقتضى المصلحة .

فذلكة :

أما وقد انتهيت من عرض اسباب انقضاء المعاهدة فانني ارى الا ابرح هذا المقام قبل أن أناقش حرجا قد يستشعره البعض هنا إذ يحس أن النظرية الإسلامية ربما انحازت بعض الشيء للدولة الإسلامية فسمحت لها ــ فى مجال التحلل من التزامات المعاهدة ــ : بما لم تسمح به للطرف الآخر إذا كان من المخالفين . وفى رأيى أن دفع هذا الحرج أمر ميسور إذا نحن فهمنا ــ فى وضوح كاف ــ مدى القوة الملزمة للمعاهدة فى قانون الأمم المعاصر .

إن فقهاء القانون الدولى يكادون يجمعون على أن الوفاق الدولى لايعتبر ملزما من الناحية القانونية الا إذا قصد طرفاه إلى ذلك . اى أن الوفاق فى حاجة إلى نية وقصد كى يخلق حقوقا والتزامات يحكمها القانون الدولى . فإذا غاب ذلك القصد أصبح الوفاق بلا آثار قانونية sans portée juridique والدولة لها بداهة حرية الدخول فى مثل هذه الوفاقات غير الملزمة ، وبيان ذلك أن الدول تحجم عادة عن أن تذكر صراحة فى الوفاق أنه مجرد من القوة الالزامية . ومن ثم فان استنباط هذه النية يستمد من قرائن كلغة الوفاق والظروف التى احاطت بالاتفاق والدوافع التى دفعت إليه . ويمكن أن اذكر هنا مثلا حديثا لوفاق دولى يفتقر إلى قوة الالزام تلك هى الصحيفة الختامية لمؤتمر هلسنكى سنة ١٩٧٥ التى وقعها ممثلو خمس وثلاثين دولة بعد ان اعلنوا فيها تصميمهم على العمل طبقا للأحكام التى تضمنتها . ويذكر نص آخر من بين النصوص الختامية أن تحيل حكومة فنلندا نصوص الصحيفة إلى الأمين العام للأمم المتحدة على الرغم من أن تسجيلها لايعتبر واجبا فى مفهوم المادة ١٠٢ من ميثاق الامم المتحدة من حيث أنها ليست معاهدة أو وفاقا دوليا فى مفهوم تلك المادة . وقد أبرز ممثلو الدول الحاضرون فكرة أن الصحيفة لا تتضمن تعهدا قانونيا ولم يقصد بها أن تكون ملزمة لأطرافها (Russell, Harold-The Helsinki Declaration. Broodingang or Lilliput 70 Ajil 24, 247, 248, (1976).

إن افتقار الوفاق إلى قوة الالزام لايعنى أن يصاغ دائما فى عبارات غير قاطعة . فقد يكون الوفاق محدد العبارة واضح الارتباطات دون أن يكون ذا اجبار قانونى مثل ذلك الوفاق الذى أبرمه سنة ١٩٠٨ وزيرا خارجية كل من الولايات المتحدة الأمريكية واليابان بشأن الهجرة والذى ظل معمولا به حوالى عشرين عاما . وكذا وفاق لندن سنة ١٩٤٦ بشأن توزيع مقاعد مجلس الأمن . بيد أن هذا لايؤدى إلى اهدار كل قيمة قانونية لتلك الوفاقات . ذلك أن هذه الوفاقات قد يترتب عليها مراكز قانونية وعندئذ يمتنع على اطرافها الطعن فى سلامة تلك المراكز ، ثم إن لكل من اطرافها أن يتقدم للآخر بملاحظات حول تنفيذ ماجاء بها من تعهدات لأن مقتضى إدراج موضوعات معينة ضمن هذه الوفاقات يعنى أن الموضوعات المذكورة لم تعد تهم دولة بعينها وحدها بل إنها اصبحت تهم كافة الأطراف المعنية . واذن فلا يجوز أن تعمى حقيقة أن انهاء المعاهدات غير الملزمة أيسر من انهاء المعاهدات الملزمة — لايجوز أن تعمى تلك الحقيقة واقع الدور الذى تلعبه تلك المعاهدات .

ولما كان ماقدمت يمثل اجماع الفقهاء والعمل الدولى فان فلسفته العامة تزكى اتجاهات النظرية الإسلامية لان الفكرة الاساسية تقوم على أن النية هى الفارق بين اتفاق ملزم واتفاق غير ملزم ، وهذه النية هى العماد فى النظرية الإسلامية الذى تدور حوله كذلك القوة الملزمة للمعاهدة . فاذا كانت النية قد اتجهت للالزام — أو كان حكم الشريعة هو فرض قوة الالزام — فان التزام الدولة الإسلامية يغدو اقوى وأكثر اجبارا طبقا لأحكام النظرية الإسلامية على نحو ما بينت آنفا . وإذن فليس هناك من مبرر لنقد النظرية الإسلامية أو الزعم بأنها تحابى الدولة الإسلامية لان هذه المحاباة — ان جاز تسميتها محاباة — هى كذلك ماتأيدته الاحكام الدولية المجمع عليها اليوم .

ويحلو لى — فى هذا المقام — أن انهى الكلام عن انقضاء المعاهدات بالتنبيه إلى أن الإسلام بلغ فى الوفاء بعهوده لغير المسلمين حداً يقعد فيه عن نصرة المسلمين على المتعاهدين « وإن استنصروكم فى الدين فعليكم النصر إلا على قوم

بينكم وبينهم ميثاق » (البقرة / ١٩٠) . وهذا حد مثالى فى رعاية الوفاء بالعهد القائم على نظرة انسانية عالمية شاملة تتجاوز المصالح المحلية وتتخطى الأغراض المحدودة حتى فيما يتعلق بالدين .

تقويم الدور الذى تؤديه المعاهدة فى العلاقات الدولية :

قلت فيما سلف إن نصوص المعاهدة ـــ فيما اعتمدته من معنى لدراستى هذه ـــ هى اجتهاد أو تقليد . وهى اجتهاد سلطانى لأنها تعتمد فى قوة إلزامها على سطوة السلطان وهى تتضمن حقوقا والتزامات تتصل أولا بالسلطان ـــ أى بالدولة ـــ فطرفها هى الدولة وليس الفرد وتبرمها الدولة بما لها من إرادة شارعة تفرض الأصول وماتجتهد به فى الفروع .

وإذن فأول ميزة ايجابية للمعاهدة هو أنها تحقق للأحكام الإسلامية مايمكن أن يحققه التقنين الدولى فى العصر الراهن فقد وجدت حركة التدوين عضدا لها فى مفهوم وحدة البشر وسعيهم نحو عالم منظم .

ولامراء فى أن أظهر حقائق تاريخ قانون الأمم هى الحركة التى تبتغى أن تحل القواعد المدونة محل الفتاوى العامة أو القواعد غير المكتوبة . ذلك أن كرامة أى نظام قانونى لابد أن تتأثر مادام أن وجوده محل شك أو موضع طعن . ومن هنا فإن النظام القانونى يقترب من الكمال والفعالية بقدر ماتتوافر له صفات الدقة والتحديد والتفصيل والجدة . وكم عانى قانون الأمم المعاصر من افتقاره إلى الدقة والتأكيد بسبب أنه لم يكن ثمرة جهد سلطة مركزية ، الأمر الذى اضفى عليه سمة التعقيد والتناثر . ومن ثم فإن جهود تدوين قانون الأمم الوضعى تمثل تقدما جذريا نحو استكمال فكرة جماعة دول ذات نظام قانونى ويحكمها قانون عالمى . والأمر متماثل فى الشريعة الإسلامية ذلك أن الأحكام الأصلية ـــ أحكام القرآن والسنة ـــ لم تأت دائما فى صياغة قانونية وإنما جاءت فى عبارات عامة وعندئذ فإنها تحتاج ـــ من حيث الصياغة القانونية ـــ إلى اللغة الفنية والتركيبات القانونية كى توضح أحكامها وتفصل مقتضاها . كما أن

احكام القضاء وأقوال الفقهاء قد تكون هى كذلك فى حاجة إلى الصياغة والتحديد . ولاجدل فى أن هذا الجهد التقنينى لابد أن يخلف آثارا حميدة على حبك أحكام النظرية الإسلامية وجعلها أكثر يسرا لتناول المحتاجين لتفهمها أو تطبيقها . وقد استشعر بعض ذوى الرأى هذه الحاجة فسعى إلى تدوين احكام الشريعة الإسلامية وتقنينها . ويقتضى الانصاف أن انبه إلى أن سدنة هذه الحركة الميمونة ــ الذين يحاولون اجراء السفينة إلى مرساها ــ كانوا على المستويين : الفردى والحكومى ، وقد ألمحت إلى ذلك فيما سبق .

وتبعا فإن المعاهدات التى تتنمط الأحكام الإسلامية يمكن أن تكون أداة طيبة ــ على مستوى الحكومات ــ لتدوين أحكام الشريعة الإسلامية والتمهيد لإعداد مقننة دولية تضم أحكام القانون الدولى الإسلامى .



الفصل الثالث
فى
نظام الحضرتين (الدبلوماسى) والنظام القنصلى

المبحث الأول
فى
نظام الحضرتين (النظام الدبلوماسى)

تعريف وتحديد :

الدبلوماسية Diplomacy-Diplomatie كلمة افرنجية ترجع فى اصلها القديم إلى اللغة الاغريقية وقد انتقلت منها إلى اللاتينية ثم إلى اللغات الاوروبية ، ومن الانجليزية الفرنسية استورد الكتاب اللفظة إلى اللغة العربية . وتعنى الكلمة فى أصلها اليونانى ــ الوثائق التى يتراسل بها الحكام فى علاقاتهم الرسمية ولذا فإنها كانت تطوى كطى الكتاب للسجل وتضفى على حاملها امتيازات خاصة . فهى إذن صورة من صور البريد الذى يتخاطب به ساسة الدول يحملها ساع يمثل دولة وفحواها شأن من الشئون الدولية . فلا عجب أن تظل آثار تلك السمات باقية إلى يومنا هذا فيما اصبح يسمى بالحقيبة الدبلوماسية .

وقد تطور المصطلح فى اكثر من معنى عبر العصور حتى اصبح ينصرف فى مدلوله المعاصر إلى علم وفن ادارة العلاقات الخارجية للدولة بالطرق السلمية . وقد تستعمل الكلمة فى معان اخرى ولكنها استعمالات مجازية . لأن المدلول الآنف هو الاكثر ذيوعا اليوم .

والدبلوماسية علم من حيث أنها تتطلب كسب معرفة واسعة متعمقة بالعلاقات الدولية السياسية والقانونية والوقوف على الروابط التى تقررها المعاهدات الدولية . وهى فن من حيث أن الممثل الدبلوماسى « يحتاج فى أداء

مهمته إلى موهبة يستشف بها بواطن الأمور وبصيرة يستنبط بها الحقائق ويصل الى النتائج وتحمل للمصاعب لايفقده الرشد فى الملمات ـ(صلاح الدين المنجد ـ فصول فى الدبلوماسية ، جزء ملحق بكتاب رسل الملوك والافراد ، ص ٩١) .

والحق ان انتشار التعبير الإفرنجى فى الكتابات العربية دفعنى إلى التنقيب عن مقابل له فى اللغة العربية فوقعت بتوفيق من الله على مصطلح استخدمه العباسيون وهو « نظام الحضرتين » . وقد وردت اشارة إلى هذا التعبير فى مؤلف الكاتب الإسلامى امير على المعنون (A Short History of the Saracens,ed. 1921, p. 662) . وقد استملحت التعبير لسلامة دلالته لغة ومصطلحا .

فالحضور لغة نقيض المغيب والغيبة ـ كلمته بحضرة فلان اى بمشهد منه وانه لحسن الحضرة إذا حضر بخير . والحضرة قرب الشيء تقول كنت بحضرة الدار وحضرة الرجل قربه وفناؤه وفى حديث عمر بن سلمة الجرمى : كنا بحضرة ماء اى عنده ويقال انه ليعرف من بحضرته ومن بعقوته (لسان العرب ، لابن منظور ج ٣ ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، بيروت ، ص ٦٥٨) .

وهكذا نجد أن الحضرة تعنى القرب والمشاهدة والسعى إلى الخير . ولما كانت دولة الابتعاث تقصد من وراء هذا الابتعاث أن يكون لها مقيم قريب من مسرح الاحداث مشاهد لمجريات الأمور ساع إلى تدعيم وشائج الخير بينها وبين دولة القبول . كما أن دولة القبول إنما تستقبل المبعوث فتأذن له بالاقامة المستمرة ليكون قريبا منها كما أن دولة القبول هى ايضا دولة ابتعاث لمن يمثلها الدى دولة القبول بمعنى أن الدولتين تتبادلان الادوار فكل منهما دولة ابتعاث بالنسبة لرسولها ودولة قبول بالنسبة لرسول الدولة الاخرى فان كلا منهما يستقبل حضرة ويبعث بأخرى . ومن هنا كان مصطلح « نظام الحضرتين » مصطلحا مناسبا كى يطلق فى اللغة العربية كمقابل لعديله الافرنجى « النظام

الدبلوماسى ».ولذا فانى استخدم المصطلح هنا بهذا المعنى كما أطلق على الممثل الدبلوماسى «ممثل الحضرتين» . وقد يكون من المناسب أن نقصر المسمى على رئيس البعثة حيث ان هناك مسمى آخر يصلح للدبلوماسى عموما ذلك انه يمثل حضرة لدى حضرة اخرى وانه يحمل اوراق اعتماد حضرة تمثيلها لدى حضرة دولة اعتماد لذلك التمثيل من تلك الحضرة الاخرى . كما ان السلك الدبلوماسى هو « سلك الحضرتين » . وغنى عن القول ان مأراه هو من قبيل اضفاء مدلول فنى على لفظ عربى ومن ثم فان التطابق اللغوى الدقيق مع المقصود الفنى ليس شرطا لازما لذلك . بيد اننى قد لا اتمسك بهذه المسميات العربية دائما على النحو الذى اقترحه — فى ثنايا هذه الدراسة — لانها جديدة على السمع العربى وتحتاج إلى بعض الوقت كى يستوعبها الذوق العربى الذى افسدته محاكاة الغرب .

وقد ادهشنى ان الدراسات الإسلامية تخلو من قول واضح فى النظام الدبلوماسى — أو نظام الحضرتين-يعالج جوانب الموضوع ويناقش مشكلاته على نمط ماتجرى به الدراسات المعاصرة . ولعل أشهر مادبج فى هذا الموضوع هو كتاب « رسل الملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة » لابى على الحسين بن محمد المعروف بابن الفراء (وقد طبع سنة ١٩٤٧ بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة) .

ولكن هذا الكتاب — شأنه شأن غيره من الدراسات الاسلامية التى تناولت الموضوع — يصرف همه إلى اوصاف ممثل الحضرتين وطرائف ماعرفه التاريخ من أقاصيص هؤلاء السفراء . وانى لاأنكر أن الاهتمام ببيان مايجب أن يتوفر فى الرسول من صفات ومايحسن أن يتحلى به من سمات وحكاية مايقابل به السفراء من حفاوة وترحاب ، وسوق امثله من نوادر هؤلاء هو من بين النقاط التى تستكمل بها الدراسة ويزركش بها البحث ولكنها ليست هى جوهر الدراسة ولا هى لب الموضوع فهى معين محدود الفائدة فى استجلاء معميات القضية واستيضاح جوانبها القانونية . فلا عجب اذن ان اجد الطريق

أمامى وعرة المسالك غير ممهدة الدروب . ومن هنا كان الاجـ - الشخصى سبيلا مندوبة لمناقشة نظام الحضرتين فى اطار متطلباته ..-يثة ومشكلاته المعاصرة ومن ثم فان دراسة نظام الحضرتين بل والجز. لاغلب من قانون السلام ـــ يعد مجالا خصبا لتطبيق مدرك المصالح المر. (أو الاستصلاح أو الاستدلال ايا كان المسمى) وغيرها من ضوابط ضرورة فى التفسير .

رجعة إلى الوراء :

ليس بخفى أن نقول إن نظام السفارة قديم قدم العلاقات البشرية ولكن نظام السفارة الدائمة حيث يستقر السفير لدى دولة القبول لم يعرف الا مع توفر قدر كاف من علاقات السلام بين الدول . ولذا نشهد الملامح المبكرة لتلك السفارة الدائمة تتبدى مع مطلع القرن الثالث العشر . وكانت لتلك النقطة معقباتها على تطور نظام الحضرتين من خيث من تجمعهم الحصانة، إذ امتدت إلى حاشية السفراء ومن يعولون وانتقل مفهوم الحصانة الشخصية من مجرد ضمان ارتحال المبعوث هو وأسرته بحرية إلى دولته دون مساس به اللهم الا جواز تحسس ملابسه للتأكد من أنه لايحمل سلاحا إلى حرية شاملة تؤمن امواله وتحرم التعرض لشخصه .

وأغلب الظن ان السفارة الدائمة هى الصورة المشروعة لنظام سبقها من التجسس حيث كان العميل يبتعث إلى البلد الاجنبى ليقيم هناك يتحسس الاخبار ويوافى بها دولته ويتنسم الاوضاع وينقلها إلى سيده فلا غرو ان تظل اثار هذه السفارة الخفية عالقة بالاذهان حتى اليوم فى النظرة إلى المبعوث . بيد هذا لم يحل دون تطور حصانات المبعوثين وامتيازاتهم تطورا حثيثا جهزها فى اوائل القرن التاسع العشر لان تقنن فى وفاق دولى عام وان تتابع مسيرتها عبر المتغيرات الدولية لتكون محل مراجعة دولية فى وفاق حديث (وفاق فيينا فى ١٨ ابريل سنة ١٩٦١) .

ولم تكن السفارة عند العرب بأقل اهمية عند غيرهم . والقارىء لتاريخ العرب يجد ان العرب حتى فى جاهليتهم عرفوا السفارة بمعنى قريب من معناها

الحديث وكان لقريش قصب السبق فى ذلك المضمار . فقد استخدم العرب السفارة فيما بينهم وكذا فيما بينهم وبين القبائل والشعوب المجاورة لتبادل المنافع من الجيران فضلا على حاجتهم إلى كسب الانصار فيما كان ينشب بينهم من معارك حامية وحروب ضارية وساعدهم على تطوير نظام السفارة ماتتمتع به الجزيرة العربية من موقع استراتيجى بفضل متاخمتها لمرتكزات الحضارات القديمة . وتحفل كتب التاريخ باخبار رسل العرب إلى الملوك ووفادتهم على الحكام واستقبالهم لبعثات تخطب ودهم وتبستحث مؤزارتهم . كما كانت رحلة الشتاء والصيف شريانا يصل بين جنوب الجزيرة وشمالها ومايواكب ذلك من صلات سياسية ووفاقات تجارية وقد زكى هذا أن مقدسات العرب الكبرى كانت تضمها مناطق فى الجنوب واخرى فى الشمال فالكعبة فى الجنوب وبيت المقدس فى الشمال ولذا فان مواسم الحج كانت مناسبات للتفاوض وابرام الاتفاقات « ووجد منقوشا على سد مأرب مايفيد قدوم سفارات للتهنئة على ابرهة من شتى الامصار والممالك سنة ٥٤٣ ميلادية إثر انتصاره على الحميرين وتأسيس أول دولة مسيحية باليمن ... ومن المعروف أن آخر سفراء قريش فى الجاهلية كان عمر بن الخطاب قبل أن يسلم » (حسن فتح الباب ـــ مقومات السفراء فى الإسلام ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ١٣ ـــ ١٧) . وقد شهدت علاقات الشمال بالجنوب اطرف سفارة فى التاريخ وهى سفارة هدهد سليمان الى بلقيس ملكة اليمن . كما اننى لا انسى فى تاريخ جاهلية العرب سفارة عمرو بن العاص إلى نجاشى الحبشة ليحمله على تبليم اللاجئين المسلمين إلى قريش والتى منى فيها عمرو ـــ وهو المحاور الاغبر ـــ بالفشل الذريع أمام حجة الإسلام الدامغة .

ويروى الواقدى ان قريشا فى الجاهلية كانت إذا ارسلت رسولا إلى بعض الملوك قالت له « احفظ شيئا : انتهز الفُريضة فإنها خلسة وبت عند رأس الأمر لا ذنبه واياك وشفيعا مهينا فانه أضعف وسيلة واياك والعجز فانه أوطأ ركب وعليك بالصبر فانه سبب الظفر ولاتخف الغمر حتى تعرف القدر » فاذا توجه للمسير قالت له « اللهم قو ضعفه واحرس غفلته وشد مُنته ، اللهم اطو عنه

غول الأرض وهولها وحببه إلى اصحابه واحمله على ركابه وسلم له عصبها وقصبها وأرو عنه وعنها الاعراض والامراض حتى تؤد به سالما إلى سالمين »
(ابن الفراء ـــ رسل الملوك ، المرجع السابق ، ص ٣٨) .

تطور نظام الحضرتين فى الدولة الإسلامية :

اهتمت سفارات العرب فى جاهليتهم بتوطيد اواصر العلاقات التجارية ولكن تغييرا جذريا طرأ على غايات تلك السفارات مع ظهور الدعوة الإسلامية . ذلك ان الرسالة فى القرآن انصرفت فى أول عهد الدعوة إلى معنى رسالة الانبياء المرسلين . وذلك هو مانصت عليه كثير من آيات الكتاب الكريم . من ذلك قوله تعالى « كما ارسلنا فيكم رسولا منكم يتلو عليكم آياتنا ويزكيكم ويعلمكم الكتاب والحكمة » (البقرة / ١٥١) وقوله عز من قائل « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » (النساء / ٦٤) وقال تبارك اسمه «ياأيهاالناس قدجاءكم رسولنا يبين لكم على فترة من الرسل أن تقولوا ماجاءنا من بشير ولا نذير » (المائدة / ٢١) . وقال سبحانه وتعالى « إنا ارسلناك بالحق بشيرا » (البقرة / ١١٩) . والآيات عديدة فى هذا المعنى . ومن ثم فإن السفارة بدأت سفارة إلهية يتسفر بها رسول كريم . وبدهى ان تتغيا سفارة كهذه مقاصد دينية وتسعى الى تحقيق غايات عقائدية .

واهتم الكتاب الغزيز ببيان ان المبعوث الالهى يجب ان يكون ممن يتكلمون لغة القوم الذين يبعث فيهم لإن ذلك أحج عليهم وأدعى لتفهم دعوته « وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه ليبين لهم » (النساء / ٦٣) . ولما كان المبعوث إلهيا فإن بعثته لابد أن تكون محل قبول ولذا حذر القرآن من عدم الانقياد لما يأتى به الرسل « انا ارسلنا اليكم رسولا شاهدا عليكم كما ارسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول فاخذناه أخذا وبيلا » (المزمل / ١٦) .
« وماكان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا » (القصص / ٥٩)
« وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا » (الاسراء / ١٦) .

وهكذا غلب المفهوم الدينى على السفارة الإسلامية فى اول عهد الإسلام وقت ان كان منطلق دعوته من أم القرى . وكانت وسيلة السفارة فى الدعوة إلى الإسلام ونشر الدعوة هى الحكمة والموعظة الحسنة . ومن أطرف السوابق على ذلك سفارة الباقلانى إلى الروم لمناظرة القساوسة هناك لما اتسمت به المناظرة من قوة فى الحجة وعمق فى المنطق ، فلما كانت الهجرة إلى المدينة وتبدت شواهد ظهور دولة المدينة الإسلامية بريادة الرسول ﷺ كان لابد من أن تضاف اغراض اخرى إلى الغرض الأوّلى ذلك أن نشر الدعوة الإسلامية يقتضى تدعيم اركان الدولة الناشئة وتأمين علاقاتها مع جيرانها . وهكذا بدأت السفارة الإسلامية يتسع نطاقها وتتعدد اغراضها وفى مقدمة مااستحدث من اغراض عقد الهدنة واقتضاء الجزية وابرام معاهدات الصلح . ويقول القرطبى إن المشركين كانوا يطلبون لقاء الرسول ﷺ لاجل الكلام فى الصلح وغيره من شئون دنياهم (تفسير القرطبى ٨ / ٧٧ ، طبعة دار الكتب العربية) . ولكن بقيت الدعوة إلى العقيدة ورفع ألويتها هى الهدف الاساسى من الدبلوماسية الاسلامية ، ولم تخرج الدبلوماسية الإسلامية — على عهد الرسول — عن تصوراتها المعروفة وقتئذ — فكانت هناك السفارات العلنية لادارة مهام بعينها وكانت هناك السفارات الخفية لتسقط الاخبار ومراقبة الاوضاع .

أما عن السفارة العلنية المؤقتة فمنها ان الرسول ﷺ ارسل جريرا بن عبد الله إلى ذى الكلاع وأرسل شجاع بن دهب الاسدى إلى جبلة بن الأيهم . قال الواقدى « بل إلى شمر بن الحارث بن ابى شمر وأرسل إلى المقوقس صاحب مصر حاطب بن ابى بلتعة حليف بنى أسد فأكرمه ووصله وبعث إلى رسول الله بمارية ام ابراهيم ومعها رفض واختها ام عبد الرحمن بن حسان بن ثابت وبغلته دلدل وحماره يعفور .. وأرسل عمرو بن العاص إلى جَيْفر وعيد بن الجُلَندى بن المستكبر لازدمين بغمان فأسلما وغلبا على عمان وأرسل دحيّة بن خليفة الكلبى إلى قيصر ملك الروم وأرسل عمرو بن أمية إلى النجاشى وأرسل سليطا بن عمر أخا عامر بن لؤى إلى اهل اليمامة » ويضيف الواقدى أن

الرسول ﷺ ارسل إلى هوذة بن على الحنفى وأرسل العلاء بن الحضرى حليف بنى أسد إلى المنذر بن ساوى العبدى وأهل البحرين وبعث المهاجر بن ابى امية المخزومى إلى الحارث بن عبد كلال الحميرى ملك اليمن . وارسل عبد الله بن حذافة السهمى إلى كسرى بن هرمز (ابو الفراء — رسل الملوك ، المرجع السابق ، ص ٤٢) . وجدير بالذكر أن هذه السفارات ذات الطابع الدينى الراجح لم تخل من عنصر سياسى يتمثل فى أن نفوذ الإسلام هو نفوذ للعرب فهم حملة لواء الدعوة ولغتهم هى التى نزل بها القرآن الكريم .

وأما السفارات الخفية فكان منها العباس فى مكة وأنس بن أبى مرثن الفنوى فى اوطاس (قرب الطائف) والمنذر بن عمر السعيد (الذى يعرف باسم اعتق ليموت) (Hamidullah, M.- The Muslim Conduct of State, Lahore, 1941, p. 143).

وكان طبيعيا أن يجىء عهد الخلافة الراشدة امتدادا يكمل مابدأه الرسول وأول علامة لذلك أن ابا بكر أخرج سرية خاصة كان الرسول ﷺ قد اعدها قبل وفاته . والحق أن السفارة الإسلامية — بسمتها الدينية — ليست بدعا من السفارات فقد سبقتها فى الغرب سفارات البابا إلى ملوك فرنسا وأباطرة بيزنطة . وكان مبعوثو البابا هؤلاء يسمون « المسئولين Responsables » ثم تطورت مهمتهم فاصبحوا يوفدون فى بعثات سياسية أو لتمثيل البابا فى امر من الامور وعندئذ اصبحوا يسمون المندوبون « Legats » . فلما جاءت السفارة الدائمة كان سفراء البابا يقومون إلى جانب الوظائف الروحية ببعض المهام الزمنية ، وأطلق على ممثلى الدرجة الأولى منهم لقب « قاصد رسولى Nonce » وعلى ممثلى الدرجة الثانية لقب « نائب قاصد رسولى Inter-nonce » .

ولم تختلف السفارة الاسلامية — طبيعة وغاية — فى عهد الامويين عنها فى عهد الخلافة الراشدة ، ذلك أن الحروب التى استعرت بين الامويين وبيزنطة لم توفر مناخ السلام الذى يسمح بدخول الامويين فى علاقات سلمية مع البيزنطيين . وتذكر المصادر التاريخية أن العلاقات السياسية جرت بين العرب

والصين فى عهد هشام بن عبد الملك وان هشاما اوفد رسولا اسمه سليمان إلى ملك الصين عام ١٠٨ هـ . وتوثقت صلة المسلمين بالصين فى العصر العباسى حين أرسل العباسيون جندا من جندهم ليعينوا ملكا على آخر فطاب للجنود المقام هناك وتزوجوا من نساء الصين .

كما أن مااصبحت عليه الدولة الإسلامية — فى عصر العباسيين — من خطر ورهبة جانب انعكس على السفارة فعظم شأنها وتكاثرت الوفود المرسلة والقادمة فابتعث المنصور رسلا إلى ملك الفرنجة نزلوا فى مارسيليا وقضوا فترة الشتاء فى متز واقاموا فى قصر سلس على شاطىء اللوار . وأرسل رسلا آخرين إلى ملك الروم واستقبل رسلا من الفرنجة والروم وكذلك فعل المهدى . فلما جاء هارون الرشيد تعددت الرسل بينه وبين شارلمانى وتحقق نوع من توازن القوى الدولى إذ تحالف هارون الرشيد مع شارلمانى وقام حلف جمع مملكة الروم الشرقية ودولة الامويين فى الاندلس . وهكذا كانت بغداد خلية لنشاط سياسى عريض وأقبل عليها وفود من الحبشة والخزر والصين . وتعددت السفارة العباسية الروم إلى البلقار والصين وبلاد الصقالبة . ومن الطريف أن بعض هذه السفارات كانت لأغراض ثقافية بغية دراسة الكتب النادرة وتبادل العلماء وتيسير مهام الباحثين .

فلما ضعفت سلطة الخليفة العباسى وتفسخت الدولة فى امارات اقطاعية ظهرت صورة خاصة من صور البعثات الدائمة إذ كان للخليفة رسل تقيم لدى بلاط هؤلاء الامراء فى نيسابور ومرو والموصل ودمشق وغيرها ، كما كان يستقبل وفودا من هؤلاء الامراء . وكان مبعوثو الخليفة اشبه بممثلى البابا وقتئذ فكانوا يصاحبون الحكام فى غزواتهم . ولذا شوهد بعض هؤلاء فى معسكرات ألب أرسلان والملك شاه ونور الدين محمود وصلاح الدين كما كانوا يعملون — لاسيما فى عهدالأيوبيين — على مصالحة الامراء وتسوية صراعاتهم الدامية . فنجد مثلا أن ابا الفداء مبعوث الخليفة هو الذى يسوى النزاع بين أبناء الملك المظفر .

أما ممثلو الامراء فكانوا يسمون « شحنة » والشحنة عند العامة بفتح الشين هو الامير وقال الازهرى شحنة الكورة ــ بكسر الشين ــ من فيهم الكتابة لضبطها من اولياء السلطان ــ (لسان العرب لابن منظور ، اعداد وتصنيف يوسف خياط ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٢٧٩) . وأرى أن من المناسب كثيرا أن نطلق المصطلح العربى « شحنة » على مايعنيه المصطلح غير العربى « الدبلوماسى » فيكون الشحنة هو اللفظ العربى للدبلوماسى ومهمتهم الاساسية مراقبة تحركات الامراء الاخرين ، ولذافإن « الشحنة » كان يحرص على الاقامة فى مناطق قريبة من بغداد مثل البصرة وتكريت والواسط (امير على ــ المرجع السابق ، ص ٤٠٧ ــ ٤٠٨) . تلك هى الصورة المبكرة للسفارة الدائمة التى سبقت بدايات السفارة الدائمة التى نعرفها اليوم بأكثر من أربعة قرون ولكن شاءت الاقدار الا تستمر تلك الصورة طويلا إذ امحت آثارها عند ملوك المغول ببغداد (٦٥٦ هـ) .

كذلك قطعت السفارة شوطابعيدا من التطور فى العهد الاموى بالاندلس . فقد ألقت أمم النصرانية ــ على قول المقريزى ــ بيد الطاعة للامويين وأوفدوا عليهم رسلهم وهداياهم فى سبيل المهادنة والمعايشة السلمية ولم تبق امة سمعت بهم فى مشارق الارض ومغاربها إلا وقد أوفدت عليهم الوفود . وبدهى أن يقابل ملوك الاندلس هذا الفيض من الوفود بوفود يبتعثونها إلى الروم والفرنجة والمجوس وغيرهم . وكانت المنافسة واضحة بين بغداد وقرطبة ــ على مستوى المسلمين ــ وبين بيزنطة واكس لاشايل ــ على مستوى الفرنجة . وكان طبيعيا فى هذا التآخى الدولى أن يقوم توازن بتحالف يجمع المتنافسين لقاء المتنافسين . وخلقت تلك الاوضاع آثارها على العلاقات الدولية والسفارة إذ بدت اهمية الالتجاء إلى السفارة لتحقيق اهداف السياسة الخارجية وفض المنازعات الدولية وتبدت فعالية « نظام الحضرتين » . كبديل يغنى عن السيف ويهدهد من شدة العنف . وبدهى أن يدفع ذلك إلى الاهتمام بدراسة النظام ومحاولة ارساء قواعد له وأصول .

إن تتبع تاريخ السفارة الإسلامية امر قد يطول شرحه ولكنى اجتزىء بما قدمت لاسيما وأن الدول الإسلامية بدأت تبعد بعد ذلك عن أن تتقيد فى علاقاتها الخارجية بأحكام الشريعة الإسلامية بحيث يصعب على أن اتخذ من سلوكها فى العصور التالية مثلا لنماذج اسلامية تبنى عليها نظرية شرعية .

السفارة فى الإسلام : ضرورة أم خيار ؟

يطيب لى قبل أن افصل ماأراه من احكام السفارة فى النظرية الإسلامية أن اطرح سؤالا أوليا : هل تفرض النظرية الإسلامية على الدولة الإسلامية أن تجعل من السفارة جزءا من نشاطها الخارجى أم تترك لها الخيار إن شاءت ابتعثت وإن شاءت قطعت .

إن اول مايتبادر إلى الذهن فى الاجابة على هذا السؤال هو أن رسول الله ﷺ — ومن بعده الخلفاء الراشدين — مارسوا السفارة ايجابا ببعث الوفود وسلبا باستقبالهم وأن هذه السنة كونت عرفا يكفى لتأكيد أن نظام السفارة كسب ركيزة مستقرة فى النظرية الإسلامية . ولكنى ارى ان هذا الجواب لا يشفى الغلة لأن سفارة الرسول ﷺ وخلفائه كانت — كما اسلفت — ذات طابع دينى غالب ثم انها كانت سفارة مهمات عارضة ومؤقتة وتبعا فان تساؤلى لازال يحتاج إلى مزيد من التمحيص .

ويبدو أن جمهور الفقهاء مقتنع بان الاساس القانونى للسفارة فى النظرية الإسلامية هو قوله تعالى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦) . وقد قال ابن كثير فى تفسير هذا « والغرض: أن من قدم من دار الحرب إلى دار الإسلام فى اداء رسالة أو تجارة أو طلب صلح أو مهادنة أو حمل جزية أو نحو ذلك من الاسباب وطلب من الامام أو نائبه أمانا أعطى امانا مادام مترددا فى دار الإسلام وحتى يرجع إلى داره ومأمنه ووطنه » (تفسير ابن كثير / ٣٣٧ ، طبعة البابى الحلبى) .

ولكنى لا اساير هذا القول ذلك أن الآية الكريمة نص فى الامان ونحن بصدد السفارة الدائمة ثم إنها تتكلم عن اجارة المشركين ، والسفارة الدائمة انما تكون اساسا بين الدول الإسلامية والدول الكتابية ، أو الدول المشركة . والرأى عندى أن علاقة الدول الإسلامية بالدول المشركة علاقة واقع وليست علاقة قانون ومن ثم فإنها يجب أن تكون فى اضيق الحدود وماتقضى به الضرورات التى تبيح المحظورات . وهذا هو مافسر به العهد الذى عاهد به الرسول ﷺ القبائل التى سكنت مابين المدينة وساحل البحر الاحمر مثل جهينة وبنى خمار وغفار . والتفسير الذى قال به القرطبى يفترض تصورا قلت إنه ليس من احكام الدين وإنما هو وصف لواقع دولى فى عصر من العصور ألا وهو تقسيم العالم إلى دار حرب ودار اسلام فضلا على انه فسر الاية على انها خاصة بمن يقدم من دار الحرب اما القادم من دار العهد أو دار الصلح فلا يدخل فى حكم الآية . ولا ننسى أن الحكمة من الاجارة فى الآية هى ان يسمع من يمنح الامان ــ بحسب التعبير القرآنى ــ كلام الله « ذلك بأنهم قوم لايعلمون » . وتلك ليست هى الغاية من السفارة الدائمة ولا هى القصد الاساسى من استقبال الدولة الإسلامية لمبعوثى الدول غير الإسلامية . كما إنها لاتقدم سندا قانونيا لابتعاث الدولة الإسلامية ممثليها إلى الدول غير الإسلامية . لكل هذا لاأرى أن الاحتجاج بالآية الكريمة يمكن أن يغنى فى البحث عن الشاهد القانونى لنظام الحضرتين فى صورتيه الايجابية اى الابتعاث ، والسلبية أى الاستقبال . واذن فلا بد لنا من التنقيب عن اساس آخر .

والجواب عندى استمده من قوله عز وجل « يايها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » وذلك أن هذه الآية الكريمة تدل على الآتى :

أ ــ تخاطب الناس دون تمييز فهى تتجه بحكمها إلى الشعوب والقبائل بغض النظر عن العقيدة .

ب ــ الخطاب فيها جماعى بمعنى أن الحكم يتصل بعلاقات المجموعات أو الجماعات والشعوب والقبائل وليس قاصرا على الافراد .

ج ـــ الامر فيها يتطلب من الجماعات أن تتعارف اى ان تدخل فى علاقات يقرها العرف وتقبلها السجية السليمة .

فإذا كان الامر هو ماقدمت فإن مقتضى الآية هو أن الدخول فى علاقات عرفية يعتبر حقا من الحقوق الاساسية للدول ، وتبعا فإن تبادل السفارة فيما بينها ـــ كوسيلة من وسائل التعارف ـــ هو حق لكل منها ومادام هو حق فإنه واجب ايضا لان الحق والالتزام وجهان لصورة واحدة فكل حق يقابله التزام وكل التزام يقابله حق . ومن ثم فإن النظرية الإسلامية تعتبر ان علاقات الحضرتين ضرورة تفرضها علاقات التعارف وتمنع تبعا ان تنعزل الدولة الإسلامية عن غيرها من الدول وتأبى عليها ان تتقوقع على ذاتها فى برج عاجى خاص بها وحدها . ويزكى قولى هذا أن وظيفة رسول الحضرتين تدور فى إطار العلاقات السلمية التى هى وشائج تعارف الشعوب وتقارب الامم . ويمكن ان اضيف إلى ذلك مسلك الرسول الكريم فيما بعث به من رسل إلى الملوك والحكام المجاورين وأذكره عليه أفضل الصلاة والتسليم فى صلح الحديبية إذ كانت السفارة أداته فى مهادنة المشركين .

وإذا كان العلى القدير قد اتخذ من سفارة الأنبياء واسطة لاقامة السلام بينه وبين عباده فما أحرى عباده بأن يتمثلوا حكمته فتكون السفارة آية من آيات اقرار السلام فيما بين الدول .

والنظرية الإسلامية ـــ فى نظرتها إلى السفارة ـــ تتقبل السفارة بنوعيها : السفارة العارضة والسفارة الدائمة . أما السفارة العارضة فركيزتها تستند إلى السنة النبوية واما السفارة الدائمة فدعاماتها فى احكام الأمان أو الجوار ذلك أن السفير المقيم يعد فى نظرى مستأمنا من نوع خاص أو مجاورا كما اوضح فى حينه .

أما والسفارة بشقيها مقبولة فى احكام الإسلام فإنى ارى سعيا لحسن العرض وبعدا عن الخلط ان اخص المبعوث ذا المهمة المؤقتة بمسمى « الرسول » وأن اطلق على المبعوث المقيم لقب « السفير » ولو أن هذا التخصيص لا يستند إلى المعنى اللغوى ولكنه تخصيص فنى فحسب وأيهما يمكن أن يسمى « شحنة » .

الأساس الفلسفى لنظام الحضرتين :

اجتهد الفقهاء فى البحث عن سند فلسفى لما يتمتع به المبعوثون من حصانات ومزايا وتشعبت آراؤهم فى هذا المجال إلى ثلاث نظريات :

أ ـــ فهناك نظرية امتداد الإقليم ، ومؤداها أن المبعوث يعتبر ـــ بوصفه ممثلا لشخص رئيس دولته ـــ وكأنه لم يغادر اقليم دولته لأن دار السفارة التى يباشر فيها مهمته هى فى حكم الامتداد لإقليم الدولة التى يمثلها . والغريب أن هذه النظرية لازالت تلقى قبولا لدى الفكر العام العالمى على الرغم مما تثيره من نقد شديد اذ تقوم على محض الافتراض الذى لا يمثل الواقع ويتجافى الحقائق ، ذلك أن تمتع المبعوث بحصاناته لا يعفيه من احترام القوانين المحلية ، وكل ماهنالك أن حصانته قد تحول دون محاسبته على مخالفته للقانون المحلى أمام القضاء المحلى . ثم ان اعتبار السفارة جزءا من اقليم دولة اخرى يقتضى أن تراعى اجراءات دخول الإقليم الاجنبى والخروج منه ـــ كالتأشيرات مثلا ـــ فى كل مرة يدخل فيها المرء دار السفارة أو يخرج منها ولذلك فقدت تلك النظرية سندها فى تبرير الحصانات ولو أنها لازالت عالقة بأذهان الجماهير .

وأرى ان هذه النظرية لا تناسب الفكر الإسلامى لاسيما إذا كانت الدار دار بعثة لدولة غير اسلامية لأن الأخذ بهذه النظرية يعنى أننا ـــ فى كل مرة نقبل فيها بعثة لدولة كتابية أو غير كتابية ـــ نقتطع جزءا من دار الإسلام لنجعلها جزءا من دار العهد أو الحرب ثم نزيد بأن نضفى على تلك الدار حصانات وامتيازات وكأن دار العهد تتميز تحت ظل السيادة الإسلامية بما لايضفى على دار الإسلام .

٢ ـــ وهناك نظرية الصفة النيابية ، ومؤداها ان مايتمتع به المبعوثون من حصانات وامتيازات يستند إلى صفتهم النيابية من حيث أنهم ينوبون عن رؤساء الدول التى يمثلونها . وتقتضى هذه النيابة أن يتوفر للممثل مايصون كرامته ويعزز هيبة دولته فهو صوت الرئيس الذى ابتعثه . ولكن هذه النظرية تضيق عن تفسير الكثير من جوانب الحصانات والامتيازات الدبلوماسية . فهى مثلا

لاتفسر لنا كيف أن الممثل الدبلوماسى يتمتع بحصانات لدى دولة غير تلك التى يعتمد لديها . كما تتناقض مع خضوع المبعوث لما قد تفرضه دولة المقر من اجراءات يستدعيها صالحها كحظر استيراد اشياء بعينها .

وفى رأيى ان هذه النظرية لا تنسجم كذلك مع المفاهيم الإسلامية ذلك أن رئيس الدولة قد يكون مهدر الدم عند المسلمين ومع ذلك فإن رسله يتمتعون بالحصانة فلو انهم عوملوا بنيابتهم لما أمنوا على انفسهم . والمثل الواضح هم رسل مسيلمة الكذاب الذين وفدوا على الرسول ﷺ يتفاوضون على اقتسام الأمر بينه وبين مسيلمة . فلو أن مسيلمة حضر بنفسه لكان للرسول ﷺ معه شأن آخر ولكن رسله نالوا الأمان وعادوا سالمين .

٣ ــ والنظرية الثالثة هى نظرية مقتضيات الوظيفة ، وتبنى هذه الوظيفة على فكرة الضرورة من حيث ان الضرورة هى التى توحى بأن نضفى على الممثلين الدبلوماسيين حصانات وامتيازات توفر لهم فى ممارستهم لوظائفهم حدا من الاستقرار والطمأنينة لا تعكره المؤثرات ولا تنقضه الاهواء . وتلك هى النظرية التى لقيت تأييد جمهور الفقهاء لانها اكثر النظريات مسايرة لمنطق الامور واشملها فى تقبل مبررات لا تتسع لها النظريتان السالفتان . وقد ارتاحت لجنة القانون الدولى إلى تلك النظرية فاشارت إلى ذلك فى تقرير قدمته بهذا الشأن إلى الجمعية العمومية للامم المتحدة سنة ١٩٥٦ .

وعندى أن هذه النظرية هى اقرب النظريات الثلاث إلى منطق النظرية الإسلامية . ذلك أن القاعدة الاصولية تقرر أن مالايتم الواجب الا به فهو واجب . وقد شرحت فيما تقدم أن قيام الاعراف بين الدول امر تقتضيه الارادة الالهية وتلزم به الآية الكريمة فهو واجب . ولما كانت السفارة وسيلة من أهم وسائل تحقيق تلك الاعراف والسهر عليها . فإن السفارة ايضا واجب وحيث أن نظام الحضرتين لا يزدهر ولا يحقق اغراضه الا إذا توافر له المناخ الملائم ولايتوفر المناخ الملائم الا اذا ضمن المبعوث قدرا كافيا من الحرية فى ممارسته لوظائفه ولايكون ذلك الا بتقرير حصانات وامتيازات له . ولذا فإن

الحصانات والامتيازات التى توفر ذلك الجو هى مما لا يتم الواجب الا به فهى واجب . وفى قول آخر فإن الحصانات والامتيازات التى يتمتع بها ممثل الحضرتين انما تستند فى النظرية الإسلامية إلى مبرر فلسفى — هى مقتضيات الوظيفة .

ومادمت قد انتهيت إلى أن مقتضيات الوظيفة هى السند الفلسفى لنظام الحضرتين فإن تلك المقتضيات هى نافذتى التى اطل منها عند تحديد اصحاب الحصانات والامتيازات ومناقشة مايتمتعون به من حصانات وامتيازات .

مراتب ممثلى الحضرتين :

ظلت الأمور المتعلقة بالصدارة ومايرتبط بها من مسائل من بين النقاط التى طالما اثارت خلافًا بين الدول الى ان تم الاتفاق فيما بينها على تصنيف الممثلين الدبلوماسيين وصدرت بذلك معاهدة جماعية (معاهدة فينا سنة ١٨١٥) . ثم جرت مراجعة تلك المعاهدة فى معاهدة اخرى ابرمت بفينا ايضا سنة ١٩٨١ .

ويصنف رؤساء البعثات الدبلوماسية — حسبما جاء فى العمل الدولى اليوم — فى الطبقات التالية :

١ — السفراء ، ويعتمدون لدى رؤساء الدول . ويحمل مندوب الكرسى البابوى من هذه الطبقة لقب قاصد رسولى .
٢ — المبعوثون والوزراء ، ويعتمدون ايضا لدى رؤساء الدول . ويحمل مندوب الكرسى البابوى من هذه الطبقة لقب نائب قاصد رسولى .
٣ — القائمون بالاعمال ، ويعتمدون لدى وزراء الخارجية .

وتتفق الدولتان المعنيتان على طبقة رئيس بعثة كل منهما لدى الآخر . وتسير الممارسة الدولية المعاصرة على عدم التمييز بين رؤساء البعثات بسبب طبقتهم الا فيما يتعلق بمراسم الصدارة . اما فيما يتعلق بممثلى الدول الذين يكونون من طبقة واحدة فإن الصدارة ترتب حسب أقدميتهم فى مباشرة وظيفتهم . ويعتبر اقدم هؤلاء الرؤساء هو عميد السلك الدبلوماسى المعتمد لدى دولة القبول .

وفى تقديرى ان النظرية الإسلامية يمكن أن تتقبل فكرة تصنيف رؤساء البعثات إلى طبقات وذلك استنادا إلى القاعدة الاصولية « كل رسول على مقدار مرسله » . ذلك أن هذه القاعدة تعنى ان كل مرسل له أن يحدد طبقة من يرسله فهو الذى يحدد فى كل حالة مقدار من يريد أن يبعثه والقدر الذى يريد أن يتعامل به مع المرسل اليه . ومن ثم فإن الدولة الإسلامية تملك أن تحدد الطبقة التى تختارها لمن تسفره وأن تتفق تبعا مع دولة القبول على تلك الطبقة .

اما مراسم الصدارة فإن قواعدها ــ فيما ارى ــ تختلف فى النظرية الإسلامية عنها فى النظرية المعاصرة . ذلك ان النظرية الإسلامية ــ فى الظروف العادية ــ لا تسمح بأن تكون الصدارة لممثل ملك غير مسلم على ممثل ملك مسلم . ومن ثم فإن كافة ممثلى الدول الإسلامية يجب أن تكون لهم الصدارة على ممثلى الدول غير الإسلامية مصداقا لقوله عز وجل « وانتم الاعلون ان كنتم تؤمنون » (آل عمران / ١٣٩) . وتقديم السفارة الإسلامية على السفارة غير الإسلامية لاعتبارات عقائدية امر ينسجم مع المنطق الغربى الذى يسمح حاليا ــ فى بعض الدول الكاثوليكية ــ بتقديم ممثلى الكرسى البابوى على ممثلى الدول الاخرى بغض النظر عن أقدمية القاصد الرسولى أو نائبه فى ممارسة مهامه الدبلوماسية . أما ممثلو الحضرتين من المسلمين فيمكن اصلا ترتيب صدارتهم طبقا لاقدميتهم فيما بينهم وكذا الامر بالنسبة لممثلى الحضرتين من غير المسلمين فيما بينهم .

وتبعا فإن عميد سلك الحضرتين الإسلامى يعتبر هو عميد سلك الحضرتين جميعه فى دولة القبول الإسلامية لانه يسبق فى الاقدمية الاعتبارية عميد سلك الحضرتين غير الإسلامية وحرى بالذكر أن السفراء العباسيين لدى بيزنطة كانوا يقدمون على غيرهم من السفراء وكانت لهم اسبقية الترتيب على سفراء الدول غيز الإسلامية .

تعين واستقبال ممثلى الحضرتين :

جرت العادة عند تعيين الممثل الدبلوماسى على أن تقوم دولة المبعوث

باخطار دولة الاستقبال مقدما باسم الشخص الذى تنتوى ابتعاثه حتى إذا مالقى رضاء دولة القبول ابتعثته.والغرض من ذلك هو ضمان توفير جو ملائم يستطيع فيه المبعوث ـــ بفضل وجاهته لدى دولة القبول ـــ أن يحسن ممارسته مهامه . والشخص المرغوب يسمى فى لغة الدبلوماسية persona grata (أى شخص حائز للقبول) .

والحق ان العلاقات الإسلامية الكلاسية لم تعرف تقليد الاستئذان المسبق هذا ولعل موقع الاستئذان الحقيقى انما يكون فى السفارة الدائمة وهذا مالم تمارسه الدول الإسلامية فى باكورة عصرها . ولكن الفلسفة التى تتغياها فكرة الاستئذان لم تغب عن ذهن العرب ألا وهى اختيار من لايرد من قبل دولة القبول . غير أن العرب استغنوا عن الاستئذان بتحرى الصفات والمواصفات التى ترشح سفيرهم لأن يكون محل القبول ومحط الرضاء . ويحكى التاريخ الإسلامى أن العرب كانوا يسيرون فى انتقاء سفرائهم على اختيار المبرزين ممن ظهر فضلهم وزاد علمهم ونضج فهمهم وسما دهاؤهم وعلا قدرهم . ومن تلك النماذج العالية اذكر عمارة بن حمزة الذى انتقاه المنصور رسولا إلى ملك الروم وكان عمارة هذا من الدهاء بمكان لا يجارى (البلدان لابن الفقيه ، ص ١٣٧) . والقاضى ابا بكر الباقلانى الذى كان سفيرا لعضد الدولة وقد كان على قدر كبير من جلال القدر وسعة العلم (تاريخ مختصر الدول لابن الطبرى ، ص ٢٩٩) . والقاسم بن يحيى الشهر زورى الذى اختاره صلاح الدين رسولا إلى بغداد وكان قاضى القضاة بها قبل ابتعاثه (تاريخ ابن الساعى : ص ١٠٣ ـــ ١٠٤) . وناهيك بما قدمت من رسل ابتعثهم رسول الله ﷺ ومن بعده خلفاؤه الراشدون .

بل ان بعض السفراء كان يجتاز اختبارا قبل تعيينه ضمانا لتمتعه بسمات ومواصفات السفارة ، من ذلك ماحدث لعامر بن شرحبيل الشعبى وكان من فقهاء الكوفة وعلمائها وحجة فى تاريخ العرب وأنسابهم واشعارهم فلما وقع عليه اختيار الحجاج ليكون مبعوث الخليفة الاموى عبدالملك بن مروان إلى بيزنطة اختبره الخليفة ليتبين مدى حصافته وعمق فراسته فكشف عن ذكاء

متقد وقدرة فائقة وبرز فى الاختبار . وقد تحرى العرب فى اختيار السفير صفات خِلقية وخُلقية تبعد به قدر الامكان عن النقائص وتهيئه لحسن اداء مهمته . ويمكن ان أوجز أهم تلك الصفات فيما يلى :

١ ـــ صفات جسمانية فيكون حسن المظهر ليس قميئا ولا ضئيلا . لان الصورة تسبق اللسان والجثمان يستر الجنان وقد عبر عن هذا عمر بن الخطاب بقوله « يؤذن لكم فيقدم أحسنكم اسما فاذا دخلتم قدمنا أحسنكم وجها فاذا نطقتم تزنكم ألسنتكم » (رسل الملوك لابن الفراء ، المرجع السابق ، ص ٢٠) .

ومن اشهر سفراء المسلمين فيما اتصفوا به من رواء المظهر سفير عبد الرحمن الثانى خليفة الاندلس إلى ملك النورمان سنة ٢٣١ هـ (٨٤٥ م) الملقب بالغزال لجمال مظهره وقد أعجبت ملكة النورمان المدعوة « نور » بدعاباته معها وتغزله فى حسنها . ولكنى لا أقر أن تكون وسيلة السفير المسلم إلى كسب رضاء من يبعث لديهم هي التشبب بالنساء أو طلب ودهن ايا كانت مناصبهن، لان السفير لايجوز له أن يتخذ مما حرم الله سبيلا لقضاء مآربه اللهم الا إذا كان ذلك اضطرارا دون بغى ولا عدوان . والحق ان المسلمين لم يكونوا يتحلون ببهاء المنظر بقدر ماكانوا يتميزون بهيبة المحيا . ومن طريف مايروى فى ذلك انه لما حاصر المسلمون حصن بابليون أرسل المقوقس رسالة إلى عمرو بن العاص قائد جيش المسلمين يفاوضه على الصلح فبعث عمرو بعشرة نفر من جنوده بينهم عبادة بن الصامت وكان أسودا مهيبا فوقعت هيبته فى نفس المقوقس فلما سمع كلامه أعجب به وأذعن لسفارته .

٢ ـــ صفات خلقية ، إذ يجب أن يكون السفير قد بلغ قدرا من نفاذ الرأى ورجاحة العقل قطنا للطائف الامور يأسر السامع بطلاوة حديثه ويفتنه بخلابة لفظه ، واسع الحلم متأنيا لا يمضى الرأي الا بعد ترو وتدبير ، اميتا لئلا يخون مرسله ، حسن الحيلة مداورا مناورا فيما لايتخطى الخلق الكريم .

٣ ـ صفات ثقافية يقوى بها فى محاوراته ومفاوضاته ويأمن الزلل فى أحكامه . وإذا كان العرب قد عنوا بالثقافة العامة فى صدر الإسلام فى الادب والفرائض والسنن وأحكام القرآن ، فإن ثقافة اليوم يجب أن تمتد إلى نواحى المعرفة الحديثة حتى يستطيع الممثل أن يناظر كلا بما يناسبه .

وكان العرب يضيفون إلى ذلك شرط النسب فيختارون سفراءهم من ذوى الارومة الشريفة وأهل البيوتات الأصيلة؛ لان النبيل لايصدر عنه الا نبيل . وتلك صفة يمكن ان يزكيها ان الله فى تكريمه لسفرائه جعل سفراءه الدائمين من الملائكة « جعل الملائكة رسلا أولى أجنحة »

يطيب لى أن ازكى فكرة الاخطار المسبق على اساس ان الممثل الدائم للحضرتين ـ كما ابين فى موقعه ـ هو مستأمن أو جار ، اى انه يدخل دار الإسلام بأمان أو جوار . ولما كان الأمان لا ينفذ اى لا يبدأ الا بعلم المستأمن بايجاب المؤمن عند جمهور الفقهاء ، وبحصول القبول عند الشافعية فإن استمزاج رأى دولة الابتعاث لرأى دولة القبول والحصول منها على موافقة مسبقة، بابتعاث الممثل هو من قبيل الاستيثاق من ان الامان قد بدأ بالنسبة للممثل مسبقا على توجهه لمقر اقامته فى دولة القبول ، هذا اذا كان الممثل مبتعثا من دولة غير اسلامية إلى دولة اسلامية . اما إذا كان مبعوث دولة اسلاميه إلى دولة غير اسلامية فإن استئذان الدولة غير الإسلامية قبل توجه المبعوث اليها هو من قبيل الاخذ بالمصالح المرسلة لأنه فطنة لجلب المنفعة بتوفير المناخ الملائم لحسن قيام المبعوث بمهمته .

وقد جرت عادة الدولة الإسلامية على أن تزود سفراءها بكتاب صادر على لسان الخليفة يتضمن تعريفا بالسفير وتحديد المهمة ويسأل أولى الأمر فى دولة الاستقبال بتسهيل وفادته ويؤكد اعتماده لاداء تلك المهمة . ان هذا الكتاب لسفير ذى مهمة مؤقتة هو الذى يقابل اليوم أوراق الاعتماد التى يحملها سفير ذو مهمة دائمة . كذلك كان السفير يحمل اوراقا تثبت هويته ، وهى التى تطورت إلى الجواز الدبلوماسى فى العرف الدولى المعاصر .

بيد ان كل ماقدمت من حرص فى اختيار السفير لم يمنع ـــ بسبب عدم الاستئذان المسبق فى تعيينه من أن يعرف تاريخ العلاقات الدولية الإسلامية توفـــر حالات رد فيها السفير لرغبة دولة الاستقبال عنه لسبب ما ، كأن يكون هناك مثلا نفور بين رئيس دولة الاستقبال وبين السفير. فقد ذكر المقريزى انه حدثت اثناء سنة ٥٩٧ وحشة بين الظاهر صاحب حلب وبين عمه العادل فسير الظاهر وزيره علم الدين قيصر اليه . فمنعه العادل أن يعبر إلى القاهرة وأمره ان يقيم ببلبيس وأن يحمل قاضى بلبيس معه فعاد مغضبا (السلوك للمقريزى ، ج ١ ، ق ٣ ، ص ١٠٢٢) .

كذلك يحكى أن محمد شاه وصل بغداد سنة ٥٥٤ ومعه عدة رسل امراء الاطراف طلبا للمقاربة فلما نزلوا بشهر آبان أنفذ من دار الخلافة من استوقفهم هناك ولم يمكنوا من الوصول فأقاموا ثمانية عشر يوما ثم عادوا ولم تسمع رسالتهم . ان هذه السوابق تزكى القول بأن النظرة الإسلامية يمكن أن تقبل فكرة الاستئذان المسبق لاسيما مع الصورة الراهنة للدبلوماسية المستقرة التى يبتعث فيها السفير كى يؤدى مهامه على فترة زمنيه قد تطول . ـــ ولذا اخلص مما سبق إلى أن على الدولة الإسلامية ـــ إذا أرادت أن تبعث بسفير مقيم ـــ أن تخطر الدولة المضيفة مسبقا وأن تحصل منها على قبول لشخص السفير قبل ان يتوجه لاداء مهمة . وإذا كان الأمر كذلك ، اى مادام ان ارادة دولة الاستقبال هى التى يعول عليها فى قبول شخص السفير ـــ فإن ارادتها ايضا هى التى تحدد أجل بقائه .

بقى فى تعيين ممثل الحضرتين أن أتساءل هل يجوز للدولة الإسلامية أن تعين مبعوثا غير مسلم ؟ يرى جمهور الفقهاء أن الولايات التى تتصل بأمور العقيدة لايجوز أن يتولاها إلا مسلم (الماوردى ـــ الأحكام السلطانية ، ص ٢٤١). ويلحق بها تلك المناصب التى تتصف بالخطورة وبأنها من المناصب الرئيسة . وعرف الماوردى تلك المناصب الخطيرة بأنها « تلك التى تتعلق بوضع الخطط

العملية وتوجيه دوائر الحكومة المختلفة وهي ذات المنزلة المهمة الخطيرة » (ابو الاعلى المودودى — حقوق أهل الذمة فى الإسلام دار الفكر بدمشق ، ص ٣٥) . وكأن المودودى بذلك يتكلم عن وزارة التفويض فهو يمنعها على غير المسلم وهو بذلك يكرر ماسبقه اليه الماوردى فى احكامه السلطانية . ويجوز — فيما عدا ماأسلفت — أن يولى أهل الذمة أرفع المناصب وأعلاها فيما يتعلق بادارة شئون الدولة فلا يمنع مثلا الذمى من تولى منصب (المحاسب العام) أو منصب (ناظر البريد العام) وقيادة الجيوش (المودودى — المرجع السابق ، ص ٣٥) .

ومن ثم فإن الذمى لا يجوز أن يكون رسولا للدولة الإسلامية فى مهمة مؤقتة ذات طبيعة دينية كأن يبتعث كى يمثل الدولة فى مناسبة دينية أو الاحتفال بأمر له سمة دينية اما إذا كانت المهمة غير دينية فإن الدولة الإسلامية تستطيع أن تبتعث رسولا من أهل الذمة (أو أهل الكتاب كما أفضل تسميتهم) كتقديم العزاء مثلا فى وفاة رئيس دولة غير اسلامية .

ولكن هل تعتبر السفارة الدائمة من بين المسائل الخطيرة التى لايجوز لكتابى أن يتولاها ؟ القول عندى إن السفارة الدائمة تأخذ حكم وزارة التنفيذ لان السفير يقوم بتنفيذ سياسة دولته ويسير على تعليماتها فهو منفذ لاوامرها وتوجيهاتها . اما إذا فوض فى اتيان تصرف معين فإننا ننظر فى الأمر — على هدى من القاعدة السابقة — فإن كان امرا له جانبه الدينى الإسلامى فلا يفوض فيه .

كذلك فإن السفارة وإن كانت فى نظرى تعادل وزارة التنفيذ الا اننى لا أرى مناسبا أن يكون سفير الدولة الإسلامية لدى دولة اسلامية اخرى كتابيا لان علاقة هاتين الدولتين بعضهما بالبعض الآخر لأبد أن تنطوى على بعض الشئون الدينية التى تجعل سفارة غير المسلم ليست مؤهلة لان تؤدى ماهو مرجو من وراء السفارة فى توطيد العلاقات وتسوية الخلافات .

ومن ثم فإننى اخلص مما سبق إلى جواز تعيين الكتابى رسولا فى مهمات ليست لها طابع دينى كما يجوز تعيينه سفيرا لدى دولة غير اسلامية على ألا يفوض بما قد يفوض به السفراء عادة الا فيما لاصلة له بشئون الدين .

وقد ذم المولى عز وجل السفير الذى تفشل رسالته وتخيب وفادته فقال سبحانه وتعالى « وضرب الله مثلا رجلين أحدهما أبكم لايقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لايأت بخير هل يستوى ومن يأمر بالعدل وهو على صراط مستقيم » (النمل / ٧٦) . وأستطيع على هدى مما اسلفت أن اقول إن الاستشارة المتبادلة بين الدول مسبقا على تعيين السفراء هى من الامور التى تتسق مع مفاهيم النظرية الإسلامية وتجارى ماسارت عليه دولة الإسلام فلا فرق عندى — عند اختيار السفير — بين تحرى نجاح سفارته عن طريق توخى صفات معينة ترجح ذلك النجاح وبين تحريه عن طريق استمزاج رأى من سيبعث اليه ليعرف رأيه فيه بل إن الاستئذان هو الاجراء الأضمن الذى يمكن أن نتوقع معه نجاح السفارة . ويزكى هذا الرأى أن هناك — كما اسلفت — حالات رفض فيها استقبال السفير هذا عن التعيين — أما عن الاستقبال فإن

هذا عن التعيين — أما عن الاستقبال فإن العادات المعاصرة تجرى على أن يتسم بمظاهر الحفاوة والتكريم إذ يقام عادة حفل رسمى يستعرض فيه السفير فرقة شرف وهو فى صحبة مدير المراسم الذى يتقدمه إلى الصالة التى يقف فيها رئيس الدولة مع وزير الخارجية وكبير الامناء حيث يقوم السفير بتقديم تحيات رئيس دولته ثم يرفع أوراق اعتماده التى يتسلمها رئيس دولة الاستقبال ثم يناولها إلى كبير الامناء .

والحق أن هذه المراسم لا تخرج فى معناها ومظهرها العام عما كان يحدث فى عهد الرسول ﷺ فقد كان هناك مسئول عن المراسم يشرح للسفير القادم — قبل مثوله بين يدى رسول الله — مايتوجب عليه مراعاته (سيرة ابن هشام ، ص ٩١٦) وكانت عادة الرسول ﷺ أن يستقبل من يقدم عليه من السفراء فى مكان بالجامع الكبير تقف فى موقعه اليوم اسطوانة تسمى « اسطوانة الوفود » تخليدا لتلك الذكرى الكريمة . وكان يحف به كبار الصحابة والكل فى

ابهة من المظهر والملبس . ولكن هذه البساطة التى كانت تتسم بها مراسم الاستقبال فى عهد الرسول الكريم انقلبت إلى مراسم تتسم بالبهاء الذى يخطف الابصار والزينة التى تلقف الانفاس لاسيما فى العصر العباسى . وأين لرسول الروم الذى قدم على عمر فوجده يستظل بشجرة ينام تحتها مارأى فى عهد المقتدر بالله العباسى ببغداد مما تقصر عن وصفه الأقلام وتتقاصر دونه العبارات . ويصف الخطيب البغدادى ذلك الاستقبال فيقول « ان المقتدر امر بحبس رسل ملك الروم فى تكريت حتى فرغ من تزيين قصره وترتيب آلته فيه . ثم صف العسكر من دار صاعد التى انزلوا فيها إلى دار الخلافة . وكان عدد الجيش مائة وستين ألف فارس وراجل . فسارت الرسل بينهم إلى ان بلغوا الدار . وكانوا يطأون الفرش والبسط وكانت اسواق الجانب الشرق وشوارعه وسطوحه ومسالكه مملوءة بالنظارة وفى دجلة الشذاءات والطيارات والزبازب والسميريات والزلالات بأفضل زينة إلى الدار . وكانت الدار قد امتلأت بالفرش الجميلة وزينت بالآلات الجليلة ورتب الحجاج وخلفاؤهم والحواشى على طبقاتهم صفين بالثياب الحسنة تحتها الدواب بمراكب الذهب والفضة ، بين ايديهم الجنائب على مثل هذه الصورة . وقد أظهروا العدد الكثيرة والاسلحة المختلفة فكانوا من اعلى باب الشماسية وإلى قريب من دار الخلافة ، وبعدهم الغلمان بالبزة والسيوف والمناطق المحلاة . ودخل الرسول فرأى الحاجب فظن أنه الخليفة وتداخله له هيبة وروعة حتى قيل انه الحاجب ، ودخل بعد ذلك الدار التى كانت برسم الوزير ابن الفرات فرأى اكثر مما رآه لنصر الحاجبة فلم يشك أنه الخليفة ، فقيل له إنه الوزير ثم جلس بين دجلة والبساتين فى مجلس حسن ، ثم استدعى إلى حضرة المقتدر وهو جالس فى قصر التاج بعد أن لبس الثياب الديبقية المطرزة بالذهب على سرير من أبنوس قد فرش بالديبقى الذهب وعلى رأسه الطويلة ومن يمنة السرير تسعة عقود مثل المسبح معلقة . ومن يسرته تسعة اخرى من افخر الجواهر واعظمها قيمة غلب ضوؤها على ضوء النهار ، وبين يديه خمسة من ولده ثلاثة يمنة واثنان يسرى فقبل الرسول وترجمانه الارض بين يدى المقتدر . فوقفا استوقفهما وأديا اليه برسالة صاحبهما

في الفداء ورغبا اليه في ايقاعه فاجابه الوزير انه يفعل ذلك رحمة بالمسلمين ثم خرجا من حضرته ورسم لهما ان يطاف بهما في دار الخلافة (الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد ج ١، صفحة ١٠٠ - ١٠٥). ويستمر الخطيب البغدادي في وصفه جلوس السفير في الدار وما رآه من العجائب اثناء طوافه بها.

ان مراسم الاستقبال تستند في النظرية الإسلامية الى الكتاب — إلى قوله تعالى « وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » (النساء ٤/٨٦)، فضلا على السنة النبوية الشريفة بتواترها فإني لا ارى غضاضة في أن تتسم تلك المراسم بالابهة والعظمة وأرى بأن تحرص الدولة الإسلامية على استقبال السفراء الدول الاخرى بمظاهر من الحفاوة لا تقل ان لم تتجاوز ما يستقبل بها سفراؤها هناك . بيد ان مافعله المقتدر تجاوز علامات التحية الواجبة وأصبح يدخل في باب الترف والاسراف ولا اجد له عذرا فيما فعل الا ان يكون قد قصد بذلك أن يكون مظهرا من مظاهر قوة الدولة الإسلامية.

صحيح ان الفقهاء ذكروا ان على الخليفة ان يعتمد مصلحة الإسلام وان يرهب الأعداء ويوهمهم بقوة المسلمين وشدة بأسهم وعظيم سطوتهم ليرهب دولة الروم عدوة الله وعدوة المسلمين (تعيد النعم ومبيد النقم للتاج الدين السبكي، ص ٤٢) بيد انني ارى انه قد تجاوز قليلا حين سمح للسفيرين وترجمانهما بتقبيل الأرض بين يديه ولو أن هذه كانت العادة المتبعة في مراسم الاستقبال، وحري بالذكر ان سفراء المسلمين كانوا يرفضون اتباع تلك العادة عند مثولهم بين يدي حكام الدول الأجنبية.

من هم اصحاب الحصانات والامتيازات :

بادي ذي بدء أود أن اقرر انني اقصد هنا الى اصحاب الحصانات والامتيازات من السفراء والرسل بيد انني ارى أن من المناسب أن اعرج بكلمة في هذا المقام عن حصانات وامتيازات رئيس الدولة في الإسلام

إن أول ما نلاحظه عند الكلام عن المركز القانوني لرئيس الدولة الإسلامية أنه

المسلمين يخضع للقانون شأنه فى ذلك شأن الفرد العادى . وقد استمع الرسول لدعاوى رفعت ضده بقصد الاقتصاص أو التعويض .

غير أن رئيس الدولة الذى يخضع لقضائه المحلى يتمتع بحصانة حيال القضاء الأجنبى وذلك فيما يصدر عنه بصفته الرسمية Seif el Wady Rohmani-Studies
; in Internaional Law and Diplomatic, Tokyo, 1980, p. 72,
(الرحمانى ، المرجع السابق ، ص ٧٢) ، ويبدو أن ذلك مرجعه تحقيق المساواة بين الدول فلا يخضع رئيس دولة لقضاء دولة اخرى فى ممارسته لمهامه وإلا كان ذلك انتهاكا لتلك المساواة وهنا لأرى خلافا بين النظرية الإسلامية والنظرية المعاصرة التى لاتسقط الحصانة عن رئيس الدولة الا فى حالات محددة منها نشاطه التجارى الخاص .

ان تلك الحصانة تثير فى ذهنى بعض المشكلات الطريفة التى لا يتطرق اليها القانون الدولى المعاصر . فلو أخذنا سابقة ابى بكر عندما كان يتكسب قوته . له فى اوائل عهده بالخلافة إذ يمارس التجارة فى سبيل ذلك . فإن السؤال يثور هنا هل يعتبر هذا النشاط على الرغم من انه نشاط تجارى فى ظاهره — مما يدخل فى ممارسة الوظيفة الرسمية وتبعا فهو يندرج تحت احكام الحصانة — أم انه نشاط خاص لايعفى ولى الامر من الخضوع للقضاء الاجنبى . ان القول هو أن هذا النشاط — وان كان تجاريا الا انه مرتبط بالوظيفة لانه يستهدف تحقيق دخل لولى الامر يغنيه عن ان يقتضى راتبا من بيت المال المسلمين ومن ثم فهو نشاط له سمته الخاصة ولا ارى انه يعامل معاملة النشاط التجارى العادى وتبعا فان ولى امر المسلمين يتمتع بحصانة قضائية حيال الاختصاص الاجنبى فيما يتعلق بذلك النشاط لان الفرض العكسى قد يترتب عليه حرمان ولى امر المسلمين من دخله أو راتبه وتبعا المساس بحريته التى يجب أن تتوفر له استنادا إلى مبدأ المساواة كما قدمت . وقد يبدو رأيى هذا غريبا على الفكر المعاصر لان تصور المشكلة بعيد عن أن يتقبله الذهن الغربى وتبعا فكما أن المشكلة تبدو نشازا بالقياس إلى المفاهيم الغربية على الرغم من أنها اعتادت

على أن يغرق رؤساء الدول الغربية فى نشاط تجارى وعقد صفقات خاصة تجلب عليهم الأرباح الطائلة وتحقق لهم المكاسب الهائلة الأمر الذى يقف على طرف نقيض من السوابق الإسلامية التى عرفت خليفة يحلب شاة كى يقتضى دريهمات يقيم بها أوده وأميرا للمؤمنين يفترض البيداء طلبا للراحة .

أعود الآن إلى تحديد من تنصرف اليهم الحصانات والامتيازات . وقد يكون من المناسب هنا أن أقول إن نفرا من الفقه — وأنا على نهجهم — يفرقون بين الحصانات والامتيازات ، فالحصانات قواعد مانعة تضيق من الاختصاص القضائى لدولة القبول ، أما الامتيازات — أى المجاملات الايجابية — فهى الحقوق التى تضفى على ممثلى الحضرتين تجاوزا لما يمنحه القانون الوطنى عادة — وأبدأ بالحصانات .

قلت من قبل إن مبرر الحصانات يعود إلى المبدأ الأصولى الذى يقضى بأن مالا يتم الواجب الا به فهو واجب ، وماأقرب هذا المبدأ من المبدأ المعاصر المتعلق بالسلطات المضمرة . فاذا انطلقت من هذا المبدأ لتحديد من هو الذى يتمتع بالحصانات أقول إن كل من يلزم للقيام بالسفارة ونجاح البعثة يستأهل تلك الحصانة . ولذا فإن الحصانة فى النظرية الإسلامية تشمل حاشية السفير واتباعه على اختلاف مراتبهم بما فى ذلك الخدم لان اية اهانة أو إعاقة توجه اليهم تعتبر كأنها موجهة إلى السفير نفسه . بيد ان هذا التعميم يحتاج إلى تفصيل وبيان .

وأول من لايتم واجب السفارة إلا بهم هم بلا شك رؤساء البعثة الدبلوماسية ايا كانت طبقتهم . فهل يسرى ذلك ايضا على باقى موظفى البعثة ؟ ان موظفى البعثة يمكن تقسيمهم — حسب العرف الجارى — إلى فئات أتناولها واحدة بعد الاخرى لمعرفة وضعها من المبدأ :

١ — ممثلو الحضرتين ممن هم دون طبقة رئيس البعثة (الشحنة) . وهؤلاء فى تقديرى يتمتعون بما يتمتع به رئيس البعثة لان دورهم فى البعثة مرتبط بدور رئيس البعثة ومكمل له . ولعل الفرق الرئيسى بين الرئيس وباقى معاونيه هو أن حصانة الرئيس لا ترفع إلا بموافقة دولته اما حصانة الباقين فترفع باذن من رئيس البعثة .

وجدير بالذكر ان معاهدة فينا بشأن الحصانات الدبلوماسية تقرر ان « ١ ــ لا يتمتع المبعوث الذى يكون من مواطنى الدولة المعتمد لديها أو المقيم فيها اقامة دائمة الا بالحصانة القضائية وبالحرمة الشخصية بالنسبة إلى الاعمال الرسمية التى يقوم بها بمناسبة ممارسة وظائفه وذلك مالم تمنحه الدولة المعتمد لديها امتيازات وحصانات اضافية » . (م ٣٨ /١) ، وعندى أن النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لهذا الحكم ذلك أن الفقه الإسلامى موزع بين نظرية شخصية القوانين ونظرية اقليمية القوانين فهناك من الفقهاء من يؤيدون النظرية الاولى (الحنفية) ، ومنهم من ينادى بالنظرية الثانية (مذهب الجمهور) . وان كنت أرجح أن ممثل الدولة غير الإسلامية له أن يتمتع بالحصانات والامتيازات حتى ولو كان مسلما قياسا على سابقة الرسول مع أبى رافع مبعوث قريش فقد رده الرسول إلى قريش على الرغم من أنه أعلن اسلامه بمجرد رؤية الرسول ﷺ وقال « انى لاأخيث بالعهد ولا احبس البرود (أى الرسل) » . ذلك أن أبا رافع باسلامه اصبح مواطن دولة الإسلام ولكنه لم يطبق عليه قانون دولة الإسلام فحماه بل تمسك الرسول بعهده مع قريش والتزامه بأعراف نظام الحضرتين.وبدهى ان هذا ان صح فان الدولة الإسلامية تتوقع معاملة بالمثل .

كذلك ان قوانين بعض الدول تفرق ــ من حيث الحصانات ــ بين كبار ممثلى الحضرتين فتضفى عليهم الحصانات وبين صغارهم فتمنعها عليهم . والرأى عندى ان هذه التفرقة لاتستقيم مع منطق النظرية الإسلامية الا على أساس المعاملة بالمثل ، لان حصانة السفراء والرسل تقوم ــ كما اسلفت ــ على ان ذمة هؤلاء واجبة لتحقيق العلاقات السلمية ، ولما كان ممثلوا الحضرتين ــ على خلاف مراتبهم ــ يعتبرون من وسائل تحقيق تلك الغاية فإن حرمان بعضهم ــ أيا كانت مهمته مادامت لازمة ــ من الحصانات هو أمر لايستقيم مع الحكمة من اقرار الحصانات . وإذ كانت النظرية الإسلامية تفرض إجارة المشرك وابلاغه مأمنه فإن حصانة المبعوث ــ بغض النظر عن مرتبته ــ تكون أولى .

٢ ــ الموظفون الاداريون والفنيون ، وضرورة هؤلاء للبعثة انما تكون فى حدود مايؤدونه من أعمال ادارية وفنية اى ان نشاطهم الرسمى هو وحده الذى يدخل فى حكم مالا يتم الواجب إلا به . ولذا فإن النظرية الإسلامية تتفق مع النظرية المعاصرة ــ والتى أكدها وفاق فينا بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية ــ فى أن حصانة هذا الفريق انما تكون فى نطاق أعمالهم الرسمية .

٣ ــ الملحقون الفنيون ، كالملحق التجارى والملحق الثقافى والملحق العسكرى ، وهكذا . ويختلف هؤلاء عن الفئة السابقة فى أن الموظفين الاداريين والفنيين تبتعثهم الدولة للقيام بما تحتاجه البعثة من أعمال ادارية وفنية اما الملحقون فتبتعثهم جهاتهم ليشرفوا على نشاط تلك الجهات فى الدول الاجنبية . فالملحق الثقافى مثلا يشرف على نشاط من تبتعثهم وزارة التعليم للدراسة فى الدولة التى يوجه اليها . ويلحق هؤلاء بالبعثة من الناحية الادارية سعيا وراء تنسيق النشاط واخضاعه لاشراف موحد . ويختلف العمل الدولى فى معاملة هؤلاء الملحقين . فهناك من الدول من لاتقر لهؤلاء بحصانات ومنها من تقر لهم بحصانات . والحق عندى أن مهمة هؤلاء بعيدة عن المهمة التى يؤديها مبعوث الحضرتين ولا تعتبر لازمة لكى يحقق المبعوث رسالته ، ومن ثم فإن هؤلاء لايندرجون تحت القاعدة العامة اى انهم ليسوا مما لا يتم الواجب الا بهم . ولذا ارى أن الدولة الإسلامية مخيرة بين أن تضفى عليهم الحصانات وبين أن تحرمهم تلك الحصانات ، وقد تحدد من هذا الاختيار المعاملة بالمثل بمعنى أن الدولة الإسلامية تعامل هؤلاء الملحقين بمثل مايعامل به ملحقوها لدى الدولة الاجنبية المعنية .

بقى أن نتكلم ــ فى تحديد الفئات التى تتمع بالحصانات ــ عن فئتين : أسرة المبعوث وخدمه . ويقصد بأسرة المبعوث زوجته ومن يعولهم من الابناء والاقارب . ويذهب جمهور الفقه المعاصر إلى أن منح عائلة المبعوث حصانات كاملة أمر يصعب تبريره بمتطلبات وظيفة المبعوث . ولكنى أرى أن الوضع يجب أن يختلف فى النظرية الإسلامية لان العائل طبقا لاحكام الشريعة

الإسلامية ــ راع للاسرة وكل راع مسئول عن رعيته . ولاشك أن التضامن الأسروى فى الشريعة الإسلامية يختلف قوة وترابطا عنه فى المفاهيم الغربية . ولذا قد يصعب على الفقيه الغربى ان يربط بين توفير الحرية للمبعوث فى أداء مهامه وبين مسئوليتهعناسرته ، اما الفقيه الإسلامى فيصعب عليه ان يرى العكس فالاسرة فى مفهومه وحدة متماسكة ومسئولية رب الاسرة عن اسرته تمثل جزءا رئيسا من تفكيره ونشاطه . ولذا فإنى ازكى القول بأن حصانات ممثل الحضرتين تنصرف كاملة إلى افراد اسرته الذين يعولهم . وذلك قول يتفق مع ماتجرى عليه بعض الدول اليوم مثل الولايات المتحدة الامريكية ، بل ان قضاء النقض الفرنسى قرر فى حكم له ان حصانة الزوجة تمتد إلى دين اقترضته قبل أن تقترن بالمبعوث .

ولكن وضع الاسرة الإسلامية يدعو إلى التساؤل عن حكم الزوجة بالنسبة للمبعوث الذى تتعدد زوجاته ، ذلك أن قوانين كثير من البلاد الغربية تعتبر ان تعدد الزوجات جريمة يعاقب عليها القانون . والقول عندى ان دولة القبول يجب ان تغض الطرف عن هذا التعدد لان صاحبه يمارسه طبقا لإباحة تسمح بها عقيدته ، فهو لا يتعمد انتهاك قوانين دولة القبول لا سيما وأن أحكام الزواج فى الشريعة الإسلامية تعتبر فى جوهرها من النظام العام الإسلامى بحيث ان حرمان المسلم اصلا من حق تعدد الزوجات يعتبر حرمانا له من حق من الحقوق الاساسية . ثم ان المبعوث إذا كان رئيسا للبعثة وتعددت زوجاته قبل الايتعاث فان قبول دولة الاستقبال له هو قبول ضمنى لوضعه الاجتماعى . ولذا أرى ان للزوجات ــ ان تعددت ــ الحق فى ان يتمتعن بالحصانة بيد أنه يجوز لدولة الاستقبال ان تطلب اليه فى أمور المراسم الا يصطحب الا زوجة واحدة ، وهنا يكون على المبعوث ان يعدل فيوزع المناسبات على زوجاته . وقد يغنى عن كل ذلك ان تتحرى الدولة الإسلامية عند ابتعاث ممثليها فلا تختار من تتعدد زوجاته لدولة يحرم قانونها هذا التعدد .

كذلك لا أرى مانعا إذا تعددت زوجات الممثل بعد أن اعتمد لدى دولة القبول التى يمنع قانونها من أن تعتبر دولة الاستقبال أن ذلك التعدد يجعل من

المبعوث شخصا غير مرغوب فيه persona non grata وأن تطلب من دولة الابتعاث استبداله .

ويمكن أن اضيف ان النظرية الإسلامية تقر — فى شأن اسرة الدبلوماسى — مايسير عليه العمل فى بعض الدول مثل بريطانيا إذ تدخل فى اسرة الدبلوماسى اشخاصا تتوافر فيهم أوصاف معينة فى ظروف معينة . ويجتمع هؤلاء تحت ثلاث فئات :

أ — أولئك الذين يلتزم ممثل الحضرتين اجتماعيا حيالهم بواجب الضيافة شأن اخته غير المتزوجة أو ابنته الارملة .

ب — والد ممثل الحضرتين إذا كان يقيم معه اقامة دائمة ولا عمل له .

ج — الابن البالغ الذى لاعمل له إذا كان يقيم معه اقامة دائمة . ويكفى هنا ان تكون الاقامة الدائمة هى وقت العطلة الدراسية إذا كان الابن طالبا .

ولا أرى أن م ٣٧ من وفاق فينا بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية تبعد عن النظرة الإسلامية فى خصوص حصانة الأسرة وهى تنص على أن « ١ — يتمتع أفراد عائلة الممثل الدبلوماسى من أهل بيته إذا لم يكونوا من مواطنى الدولة المعتمد لديها بالامتيازات والحصانات المنصوص عليها فى المواد ٢٩ — ٣٦ . وهذا يترك الباب مفتوحا امام احتمال الا يتمتع افراد اسرة ممثل الحضرتين ممن يكونون من جنسية الدولة المضيفة — بأية حصانات على الاطلاق . ان هذا التحفظ لايتعارض مع النظرية الإسلامية حيث اختلف الفقهاء المسلمين — كما أسلفت — حول تطبيق القوانين وهل تكون شخصية ام اقليمية فذهب الحنفية إلى مايتفق مع مبدأ اقليمية سيادة الدولة وذهب الجمهور إلى مايتفق مع مبدأ شخصية القوانين . بيد أن من ساروا على نمط شخصية القوانين يرون أن المستأمن والمعاهد يلتزم فى دار الإسلام بأحكام الشريعة الإسلامية التى التزمها بالعهد فى المعاملات والجنايات . ومن ثم فإن الامر متروك لتقدير الدولة فيما تراه مجحفا لمصلحتها ، فان ذهبت إلى اخضاع

مواطنيها لأحكام قوانينها ولو كانوا من أسرة ممثل الحضرتين فإن هذا لا يجافى النظرية الإسلامية .

أما الخدم فالغالب أن يتمتعوا بالحصانات . ولكن بعض الدول ـ كبريطانيا ـ تقصر حصانة الخدم على الحالات التى تتعلق براحة الممثل بمعنى أنه لا تجوز مقاضاة الخدم فقط إذا ترتب على تلك المقاضاة اخلالا بالهدوء والاستقرار الذى يجب أن يتوفر للممثل فى حياته الخاصة . وتسمح اتفاقية فيينا للخدم بالحصانة التى يقرها لهم القانون المحلى ، وتبعا فإن الأفضل هو أن يتمتع سائق الممثل وطباخه بالحصانات على القول الغالب فى الفقه والعمل الدوليين .

والرأى عندى أن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل هذه الأفكار من حيث المبدأ ، وفى قول آخر فإن تمتع الخدم بالحصانات ليس مما يجافى أحكام النظرية الإسلامية مادام أن خدمات الخادم المعنى ضرورية لحسن قيام المبعوث بمهامه .

ولذا فإن منح الخادم الحصانة أو عدم منحه انما يستند إلى وقائع كل حالة بحالتها . أى أن تطبيق الحكم ـ فيما أرى ـ يتوقف على ظروف كل مبعوث واستيضاح مدى حاجته لخدمات خادم بذاته . ولو أن من الفقهاء من يرى أن الحصانة تنصرف إلى هؤلاء بدعوى أنهم يمثلون المبعوث ، والقول بهذا الرأى على أنه حكم مطلق ملزم يفتقر إلى المنطق لأنه يقوم على حجة عوجاء هى نظرية النيابة بين المبعوث وخادمه .

وما قدمت لا يبعد كثيرا عما قال به بعض الفقهاء المسلمين من أن حكم الإمان يشمل نفس المستأمن وأولاده الصغار وزوجته والأم والجدة والخادم إذا كانوا مع المستأمن وقت الإشارة إلى الإمان (١) الزحيلى ـ المرجع السابق ص ٢٤٤ ، نقلا عن مخطوط طوالع الأنوار للسندى الحنفى ج ٨ ق ٤٩ .

[illegible]

[illegible] الحصانات ، والامتيازات فى النظريتين الإسلامية والغربية [illegible] بالنسبة للأشخاص الذين [illegible] المعاملة بالمثل

والمعاملة بالمثل مبدأ مقرر فى الإسلام .

نطاق الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها ممثلو الحضرتين ومن يلحق بهم :

يذهب جمهور الفقهاء — في بيان مدى مايتمتع به ممثل الحضرتين من حصانات وامتيازات — الى الاعتماد على سابقة الرسول ﷺ مع رسولى مسيلمة الكذاب ، ذلك أن مسيلمة بن حبيب كتب إلى رسول الله في السنة العاشرة من الهجرة كتابا رفعه مع ممثلين له يقول فيه « من مسيلمة رسول الله إلى محمد رسول الله . سلام عليك ، فإنى قد أشركت في الأمر معك ، وأن لنا نصف الأرض ولقريش نصف الأرض ، ولكن قريش قوم يعتدون » فلما قدم الرسولان على رسول الله بهذا الكتاب سألهما حين قرأ الكتاب : فما تقولان أنتما ؟ قالا : نقول كما قال . فقال محمد ﷺ « أما والله لولا أن الرسل لا تقتل لضربت اعناقكما » ثم كتب إلى مسيلمة قائلا « بسم الله الرحمن الرحيم ، من محمد رسول الله إلى مسيلمة الكذاب . سلام على من اتبع الهدى ، اما بعد فإن الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين » (تاريخ الطبرى — طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٢٠٣ — ٢٠٤) .

ولكنى أرى ان هذه السابقة لاتكفى في معالجة مانحن بصدده ، فهى تحكى سفارة عارضة حضر صاحباها لمهمة محددة وانتهت بانتهاء المهمة . فلو أنها حصلت من سفير مقيم لكان للرسول ﷺ معه شأن آخر. وحتى لو قلنا إن المستفاد من قول رسول الله هو تقرير مبدأ عام يقضى بعدم قتل المبعوث — بغض النظر عن طبيعة مهمته — مؤقتة أم دائمة — فإننا انما نسوق بذلك دليلا على تقرير بعض الحصانات — وهى حرمة المبعوث وحصانته الجنائية — دون الحصانات الاخرى المدنية والادارية . ولذا يلزم في تقديرى أن نبحث عن اساس آخر نستهديه في تقرير مزيد من الحصانات لمبعوث الحضرتين . وقد يكون من الأجدى ان اناقش الامر في ثلاثة فروض :

١ — إذا كان المبعوث يمثل دولة غير اسلامية لدى دولة اسلامية . ان هذا المبعوث القادم للاقامة في دار الإسلام لابد له من أمان كى يدخل اقليم الدولة الإسلامية ، وهو بالأمان يضبح مستأمنا ووصف المستأمن في النظرية الإسلامية

يقابل وصف الاجنبى فى المفهوم المعاصر . والامان هو عهد من المؤمن حاكما كان أو فردا بتوفير الامن والطمأنينة لشخص أو اكثر كأهل قرية أو اقليم أو مهمة شعب دولة ويحرم بالامان القتل وأخذ الاموال ولايجوز فرض الجزية على المستأمن لان ذلك يعد عذرا والقدر حرام . بيد أن الأمان هنا يجب أن يكون من الدولة الإسلامية لانه فى الحقيقة امان للدولة غير الإسلامية لتأكيد وتوطيد علاقات السلام بينهما وانما ينصرف حكمه إلى ممثل تلك الدولة بوصف انه أداة تدعيم تلك العلاقات .

رب قائل يقول ان الفقهاء أجازوا أن يدخل الرسول بلاد المسلمين دون حاجة إلى عقد امان ولذا قالوا إن الولاة إذا مالقوا رسولا يسألونه عن اسمه فان قال انا رسول الملك بعثنى إلى ملك العرب وهذا الكتاب معى ومامعى من الدواب والمتع والرقيق فهديه له فإنه يصدق ولا سبيل عليه ولايتعرض احد لما معه : من المتاع والسلاح والرقيق والمال . وأنا أقول إن هذا الحكم مبنى على واقع الرسالة فى سابق الزمان عندما كان صاحبها يقدم لأمر عاجل ثم يعود اما السفارة التى تمتد لفترة فكان لابد فيها من أمان فما بال الأمر ونحن نتكلم عن سفارة بلا أمد محدود . واذن فما هو السند الشرعى السليم لحصانات وامتيازات ممثل الحضرتين فى هذا الغرض ؟

إن أول مايتبادر إلى الذهن هو أن نعتبر أن مبعوث الحضرتين مستأمن من نوع خاص بمعنى أن حكم الامان بالنسبة له يزيد قوة وضمانا عن الامان بالنسبة لغيره من الناس ، وتميز الامان الذى يعطى لمبعوث الحضرتين عن غيره من صور الامان يرجع أولا إلى أنه أمان عام وتبعا فإن ولى امر المسلمين يملك أن يدرج فيه مايراه محققا لصالح المسلمين ، ثم ان السوابق النبوية والآراء الفقهية تزكى هذا التميز ومن هذا المنطلق فانى اختار أكثر الاراء الفقهية ملائمة لمقصود السفارة الدائمة وأقر بها لتحقيق مبتغى البعثة المستقرة مادام اننى لاأقصد الامان هنا بمعناه التقليدى وهو رفع استباحة دم الحربى ورقه وماله حين قتاله أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام لفترة ما وإنما اقصد بعض هذا والمزيد .

بيد أننى أميل إلى الأخذ بمدرك الجوار كأساس لحصانات وامتيازات ممثل الحضرتين الذى تبتعثه دولة غير اسلامية ليكون سفيرا مقيما لها فى دولة اسلامية ، وأفضل ذلك على الأخذ بمدرك الأمان ذى الطبيعة الخاصة الذى ألمحت اليه .

وللجوار معنيان :

(١) معنى تعبدى وهو الاعتكاف فى المسجد . وفى الحديث أنه كان يجاور فى العشر الأواخر من رمضان أى يعتكف فأما المجاورة بمكة والمدينة فيراد بها المقام مطلقا غير ملتزم بشرائط الاعتكاف الشرعى .

(٢) ومعنى زمنى وهو مصدر مجاور بمعنى العهد والأمان وأن تعطى الرجل ذمة فيكون بها جارك فتجيره وتقول العرب وهو فى جوارى أى فى عهدى وأمانى ، وجاور بنى فلان ومنهم مجاورة وجوارا تحرّم بجوارهم .

والمعنى الزمنى هو الذى أقصد إليه عندما أقول إن ممثل الحضرتين يعتبر جارا ودولة الضيافة هى المجير اى هى التى تمنعه وتجيره .

وقد استلمحت فكرة الجوار وفضلتها على مدرك الأمان فى تفسير حصانات وامتيازات ممثل الحضرتين لاعتبارين :

الأول : هو أننا نتكلم عن حصانات وامتيازات السفارات الدائمة والممثل المقيم ، وفى الجوار معنى المساكنة والإقامة المستمرة ولذا يقال إن الجار هو من يجاورك بيت بيت ، والجارة هى الضرّة من المجاورة بينهما وفى حديث أم زرع ملء كسائها وغيظ جارتها . وفى حديث عمر قال لحفصة لايغرك أن كانت جارتك هى أوسم وأحب إلى رسول الله ﷺ منك يعنى عائشة .

والثانى : أن الجوار فيه أيضا معنى الذمة والعهد فالجوار يفرض على المجير أن يجير الجار ويؤمنه والجار والمجير والمعين واحد . وهو سبحانه يجير ولايجار عليه اى يعين . وعنه حديث الدعاء : كما تجير بين البحور أى تفصل بينهما وتمنع أحدهما من الاختلاط بالآخر والبغى عليه .

وفى التنزيل الكريم « وإذ زين لهم الشيطان أعمالهم وقال لاغالب لكم اليوم من الناس وأنا جار لكم » (الانفال / ٤٨) قال الفراء هذا ابليس تمثل فى صورة رجل من كنانة قال وقوله : إنى جار لكم أريد أن أجيركم أى أنى مجيركم ومعيذكم من قومى بنى كنانة فلا يعرضون لكم (لسان العرب لابن منظور — اعداد يوسف خياط ، ج ١ ، ص ٥٣٠) .

والجيران ثلاثه : جار له ثلاثة حقوق : حق الجوار وحق القرابة وحق الإسلام وجار له حقان : حق الجوار وحق الإسلام وجار له حق واحد وهو حق الجوار وهو المشرك من أهل الكتاب .

وبدهى أن ممثل الحضرتين الذى يمثل حضرة مسلمة لدى حضرة منتظمة هو الجار الذى له حقان حق الجوار وحق الإسلام . أما ممثل حضرة مخالفة لدى حضرة إسلامية فجار له حق واحد وهو الجوار . وممثل الحضرتين يعد من قبيل الجار النفيح أو الجار الجنب .

والجار النفيح هو الذى يدخل بين القوم ويسلم بينهم ويصلح أمرهم ، وتلك مهمة الممثل . والجار الجنب هو أيضا فى هذا المعنى أى الجار الذى له مناسب فيجىء اليه ويسأله أن يجيره أن يمنعه فينزل معه ، فهذا الجار الجنب له حرمة نزوله فى جواره ومنعته وركونه إلى أمانه وعهوده (لسان العرب / المرجع السابق ، ص ٥٣٠) .

وسندى فى تكييف المركز القانونى لممثل الحضرتين بأنه جوار بالمعنى السالف هو من الحديث والقرآن الكريم . أما الحديث فهو قوله نصا فى الأمان ويجير عليهم ادناهم أى إذا أجار واحد من المسلمين حرا أو عبدا أو امرأة واحدا أو جماعة من الكفار وخفرهم وأمنهم جاز ذلك على جميع المسلمين لاينقض عليه جواره وأمانه . قد يقال إن هذا الحديث فى أمان المسلم ولكنى أرد على ذلك بأن اللفظ الذى استخدمه الحديث هو الجوار ومن ثم فإنى فضلت المصطلح فى هذا المقام على مصطلح الأمان حتى أفرق بين المركز القانونى لممثل الحضرتين الذى يأتى فى مهمة مؤقتة أو مهمة عارضة وهذا هو المستأمن وبين ممثل الحضرتين الذى يبتعث فى مهمة دائمة وسفارة مستقرة فهذا هو الجار .

والآية الكريمة هى قوله تعالى « وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » (التوبة / ٦) . قال الزجاج المعنى إن طلب منك أحد من أهل الحرب أن تجيره من القتل إلى أن يسمع كلام الله فأجره إلى أمنه وعرفه مايجب عليه أن يعرفه من أمر الله تعالى الذى يتبين به الإسلام ثم أبلغه مأمنه فلا يصاب بسوء قبل انتهائه إلى مأمنه ، قد يقال إن الآية نص فى اجارة المستجير وفرق بين اجارة المستجير وحصانة السفير ، فإن للملجأ أحكاما وللسفارة أحكاما ولكنى الذى يستهمنى من الآية الكريمة هى فكرة الجوار فكما أنها يجوز أن تكون جوارا لمستجير فإنها تصلح أن تكون جوارا للجار . فإذا كان الله تعالى قد أمر بجوار العدو وقت الحرب وقرر له حصانة كاملة مابقى بين ظهرانى المسلمين إلى أن يبلغ مأمنه فإن جوار الصديق أولى وحصانته أبر . إن الآية ليست نصا فيما استشهد به ولكنى أتخذ من مفهوم اشارتها حجة فيما أقول وسندا لما أذهب إليه .

ومن ثم فإن الحصانات والامتيازات التى يتمتع بها ممثل الحضرتين تستند إلى مدرك الأمان إذا كان فى بعثة مؤقتة وهو عندئذ مستأمن وتبنى على فكرة الجوار إذا كان مقيما وهو بذلك جار نفيح أو جنب لنا .

وفكرة الجوار لاتساعها وامتدادها إلى مختلف نواحى العلاقات بين الجار والمجير يمكن أن تحتوى كافة صور الحصانات مدنية وإدارية وجنائية ، ثم هى كما قلت أكثر اتساقا مع فكرة البعثة الدائمة أو المستقرة من مدرك الأمان بمفهومه التقليدى والذى يحتاج إلى تنسيق كى يتواءم مع التصور المعاصر للبعثات المستقرة .

وإذا كان المبعوث يمثل دولة إسلامية لدى دولة غير اسلامية فإن من حق الدولة الإسلامية أن تؤكد على المعاملة بالمثل ، فكما أن

مبعوث الدولة غير الإسلامية يتمتع فى دار الإسلام بحصانات وامتيازات معينة فإن مبعوث الدولة الإسلامية إلى دار العهد يجب أن يتمتع بحصانات وامتيازات مماثلة على الاقل وهذا ازيده توضيحا فيما بعد . والطريف أن جمهور الفقهاء يعتبرون دار العهد دار اسلام وحجتهم فى ذلك انهم صاروا أهل ذمة تؤخذ جزية رقابهم — أما الشافعى — ومعه محمد بن الحسن الشيبانى وأبو يعلى — فله تصور آخر لدار العهد : قال الشيبانى « المعتبر فى حكم الدار هو السلطان والصفة فى ظهور الحكم فإن كان الحكم حكم الموادعين فبظهورهم على الآخرين كانت الدار دار موادعة وإن كان الحكم حكم سلطان آخر فى الدار الأخرى ، فليس لواحد من أهل الدار حكم الموادعة » (شرح السير الكبير) .

ولعل رأى الشافعى هو الاقرب إلى ماعليه واقع الحال اليوم فهو أكثر انسجاما مع فكرة أن الاصل فى علاقات المسلمين بغيرهم هو السلم وليس الحرب ثم إن دول العالم اليوم — مسلموها وغير مسلميها — تستظل بظل الامم المتحدة وميثاقها يقوم على تجميع الدول المحبة للسلام، واذن فالدول غير المسلمة هى دار عهد وليست دار اسلام .

٣ — إذا كان المبعوث يمثل دولة اسلامية لدى دولة اسلامية فهنا تواجهنا الفكرة التقليدية للنظرية الإسلامية وهى فكرة وحدة دار الإسلام على اساس الاخوة الإسلامية ولكنى قدمت أن الاخوة الإسلامية لا تفرض وحدة موحدة وإنما تقيم نوعا من اتحاد الإيلاف (الكونفدرالى) بين الدول الإسلامية ، وفى ظل هذا الحلف تبقى لكل دولة سيادتها وشخصيتها على أنها سيادة تختلف — فى علاقة الدول الإسلامية بعضها بالبعض الآخر — عن السيادة التى تمارسها الدولة الإسلامية حيال الدول غير الإسلامية والتى تقوم على الاستقلال والمنعة فى مواجهة الدول الأخرى . ولذا فإن اقرب تنظيم للعلاقات السياسية بين الدول الإسلامية هو ماكانت تمارسه دول الكومنولث البريطانى حيث تتبادل تلك الدول من يعرفون بالمندوبين السامين وهؤلاء لهم مركز قانونى يختلف عن

مركز المبعوثين الآخرين . فقد تقرر سنة ١٩٢٥ ألا يتمتع هؤلاء بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية ولكنهم رفعوا فى سنة ١٩٤٨ إلى مرتبة السفراء ، وإذا كانوا قد منحو سنة ١٩٥٢ — هم وموظفوهم — الحصانات والامتيازات ذاتها التى للسفراء بشرط المعاملة بالمثل فذلك تطور دعى اليه ماطرأ من وهن على مايربط تلك الدول من اتحاد ، شأن مانراه اليوم من ضعف الوشائج بين الدول الإسلامية . ولذا فإنى أقبل — وإلى أن يقضى الله أمرا كان مفعولا فى علاقة الدول الإسلامية بعضها بالبعض الآخر — أن تطبق الحصانات والامتيازات على مبعوثى تلك الدول لدى بعضها البعض أخذا بالقاعدة الشرعية « الضرر الاكبر يدفع بالضرر الاصغر » حيث أن القول بغير ذلك اليوم قد يترتب عليه نوع من القطيعة بين تلك الدول وماهذا عليها ببعيد إذا قسنا الامر على ماحصل بين الدول الإسلامية ومصر عندما علقت عضوية مصر فى المؤتمر الإسلامى وسحبت ممثليها جزاء لدخول مصر فى علاقات سلمية مع اسرائيل . ولما كانت الغاية الكبرى هى تدعيم روابط تلك الدول فإن تلك الغاية تبرر الوسيلة التى تسعى إلى تحقيق ذلك الدعم ومن بينها تبادل مبعوثى الحضرتين ومنحهم حصانات وامتيازات على قدم المساواة مع غيرهم من المبعوثين ، وذلك حكم يمكن أن نبنيه على الاستحسان .

ويطيب لى هنا أن انبه إلى اننى عند الكلام عن الصدارة قدمت المبعوثين المسلمين على غيرهم من المبعوثين فى دار الإسلام وقولى هذا غير مرتبط بما يتقرر أو لا يتقرر للمبعوثين المسلمين من حصانات وامتيازات وانما يتعلق بكيفية معاملة المبعوث الإسلامى إذا جمعته بالمبعوث غير الإسلامى مناسبات رسمية ، فإنى أرى أن تكون له الصدارة حتى ولو كان لا يتمتع فى علاقته بدولة المقر الإسلامية ، بحصانات وامتيازات لان الصدارة تكريم وليست حصانة ولا امتيازا فهى فى الحقيقة أدخل فى المجاملات الدولية .

والآن ماهى الحصانات التى تضفى على مبعوثى الحضرتين ؟

استلمح عند الكلام على حصانات مبعوثى الحضرتين أن اقسم تلك

الحصانات إلى قسمين رئيسين هما الحصانة الشخصية والحصانة العينية — وأقصد بالحصانة الشخصية الحصانة التى تحمى شخص المبعوث وتشمل : حرمة شخص المبعوث وكذا الحصانة القضائية — المدنية والادارية والجنائية — أما الحصانة العينية فهى التى تتعلق بالاعيان . وأناقش كلا من القسمين فيما يلى من وجهة النظر الإسلامية :

أ — الحصانة الشخصية :

١ — الحرمة :

تعتبر حرمة شخص المبعوث من الناحية التاريخية — أول ماتمتع به المبعوث من حصانة ولذا فإنها اكثر الحصانات عالمية من حيث القبول . ومن مقتضى حماية شخص المبعوث عدم المساس بشخصه وحمايته ضد الاعتداء وحفظ كرامته وقد غدت هذه الحصانة ذات اهمية خاصة فى هذه الايام اراء مانسمعه من تكرر خطف المبعوثين او اغتيالهم .

ولست بحاجة إلى أن اقول ان النظرية الإسلامية تقر هذه الحصانة طواعية لاحكام الامان . بل انها لا تمنع على المبعوث التمتع بهذه الحصانة ولو كان قصده التجسس أو الحصول على معلومات هامة لصالح بلده « لان الفقهاء قرروا الا يكون محض عمل الشخص هو التجسس ، والتمثيل السياسى الدائم يحقق فوائد متماثلة عن طريق تبادل الممثلين الدائمين ، ويقر الإسلام مثل هذا العمل لتحقيق مصالح كثيرة تفوق بعض ماقد يلحق الدولة من ضرر » (الزحيلى — المرجع السابق ، ص ١٥٤ — ١٥٥) . ويلحق بحرمة المبعوث عدم جواز تفتيش امتعته الشخصيه الا إذا قامت مبررات جدية يتوقع معها ان تحتوى على اشياء ليست شخصية ولا رسمية أو اشياء يمنع قانون دولة الاستقبال من استيرادها او تصديرها ، حسب الاحوال . والحق ان تفتيش المبعوثين كثر فى الآونة الاخيرة بسبب انتشار جرائم التهريب بينهم ولم يعد هذا قاصرا على المراتب الدنيا من المبعوثين بل إن بعض الذين اتهموا به يشغلون مراتب عليا فى سلك الحضرتين مثال ذلك القنصل الفرنسى فى دسلدورف الذى حاول أن يحتمى بحصانته

ولكن رجال الجمارك أصروا على تفتيشه فعثروا معه على ٣٩٠ ساعة مخبأة فى بطانة سترته .

٢ ــ الحصانة المدنية والادارية :

لا جدل أن الدبلوماسى يتمتع فى الممارسة الدولية المعاصرة بحصانة ضد الاجراءات المدنية والادارية ايا كانت وذلك فيما يتعلق بأعماله الرسمية . اما بالنسبة لشئونه الخاصة فالامر محل خلاف . فنجد النظرية البريطانية ويماثلها اتجاه محكمة النقض الفرنسية كانت تقرر حصانة كاملة للدبلوماسى دون تفرقة بين اعماله الرسمية وتصرفاته الخاصة بينما تأخذ المحاكم الايطالية والقانون البريطانى الحديث بهذه التفرقة .

ويبدو أن الراجح فى كثير من الدول هو عدم صرف الحصانات إلى نشاط الدبلوماسى إذا :

(أ) تعلق بملكية عقارية أو تركة .

(ب) أو كان ذا طبيعة مهنية او تجارية .

(ج) أو عندما يلجأ الدبلوماسى اختيارا إلى القضاء المدنى لدولة القبول .

وهذا هو ماكرسته م ٣١ من وفاق فينا الاخير .

كذلك فإن الغالب فى الفقه والقضاء الدولى هو اعتبار ان محل الاقامة للدبلوماسى هو وطنه بغض النظر عن مكان ومدة اقامته فى الخارج وتلك النظرة هى من بقايا نظرية اللا اقليمية بالنسبة للبعثة الدبلوماسية .

واغلب الظن ان النظرية الإسلامية التقليدية تخالف العرف الدولى الجارى بشأن الحصانة المدنية والادارية ذلك ان الفقهاء يقررون مسئولية مبعوث الحضرتين مدنيا عما يأتيه من تصرفات فى بلاد الإسلام لان المستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الامان واقامته فى دار الإسلام وأن حقوق الافراد لها سلطان على كل اعتبار فلا يجوز اهدارها مهما كانت الاحوال .

ولكننى لا أساير الفقه الكلاسى فيما ذهب اليه ولذا قدمت أن امان المبعوث

امان خاص فى احكامه وضماناته ؛ ولذا ارى ان يكون الحكم بالنسبة لحصانة مبعوث الحضرتين المدنية والادارية لدى دار الإسلام على النحو التالى :

أ ــ مايتعلق بالشئون الخاصة بالمبعوث من معاملات وعلاقات اجتماعية والتى ذهب بعض الفقهاء إلى أن تترك للذميين والمستأمنين فى حكمها ــ ويكون قضاتهم فيها من أنفسهم . فان للمبعوث حصانة قضائية فى مثل تلك الامور ذلك انه مادام أن قاضى النزاع ليس هو قاضى المستأمن فان الامر يستوى عملا بين وجود هذا القاضى فى دار الإسلام أو وجوده فى دار المستأمن أو الجار . ومن ثم فلا ضير من أن نجامل المبعوث بتوفير الحصانة القضائية له فى ذلك الغرض (قارن محمد أحمد فرج السنهورى ــ تاريخ الفكر الإسلامى ومصادره ، محاضرات لدبلوم الدراسة العليا فى الشريعة اسلامية ، ص ١٣) .

ب ــ إذا كان طرف النزاع مسلما فأرى أن نفرق بين ما يأتيه المبعوث من تصرفات تتعلق بمهامه الرسمية ، وهذه أقر له فيها بالحصانة ، وبين مايأتيه من تصرفات تتعلق بشئونه الخاصة ، وهذه لا أقر له فيها بالحصانة .

اما أن تضفى على المبعوث حصانة بالنسبة لتصرفاته الرسمية فسندى فيه أن الحكم يتبع المصلحة الراجحة والمصلحة هنا هى حث الدول غير الإسلامية على أن تدخل فى علاقات سلمية مع الدول الإسلامية ــ لاسيما فى الاوضاع الراهنة التى تفتقر فيها الدول الإسلامية إلى المنعة الكافية . إن اخضاع المبعوث فى تصرفاته الرسمية لقضاء دار الإسلام لابد أن يدفع الدول التى تريد أن تبتعث ممثلا دائما لها لدى الدول الإسلامية إلى العزوف عن ابتعاثه لاسيما وأنها تقر بحصانة مماثلة لمبعوث الدولة الإسلامية لديها . وطبعى أن نتوقع معاملة بالمثل على الاقل فضلا على أن هذا يخالف مبدأ المساواة بين الدول وهو مبدأ تقره النظرية الإسلامية . أما رفع الحصانة عن المبعوث حيال تصرفاته الخاصة فليست له ــ بالنسبة لدولة الابتعاث ــ خطورة اخضاع التصرفات الرسمية لقضاء أجنبى عنها فضلا على أنه ليس بحكم شاذ فى الممارسة بالدولية المعاصرة ، إذا اسلفت ان من الدول مايفرق بين التصرف الرسمى والتصرف الشخصى فيخضع الممثل

للقضاء المحلى فيما يأتيه من شئون خاصة بل إن وفاق فينا يسير على هذه التفرقة .

ج ــ إذا تخاصم المبعوث إلى القضاء الإسلامى لانه بذلك يتنازل عن حصانته القضائية ، وهذا ايضا هو الغالب فى المفهوم المعاصر بالنسبة للحصانة القضائية .

٣ ــ الحصانة الجنائية :

تعنى الحصانة الجنائية اعفاء المبعوث من الاجراءات الجنائية ، وهذا أمر يبدو لازما حتى لاتمس حرية المبعوث بما يتخذ ضد شخصه وأمواله . على أن المأخوذ به الآن ان الحصانة لا تحمى المبعوث ضد مايسمى بجرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية ، وفى قول عام جرائم الأمن الكبرى كذلك. ويدخل ضمن الحصانة الجنائية اعفاء المبعوث من القبض عليه . غير ان هذا لايمنع من التحفظ عليه إذا تطلبت ذلك دواعى حفظ النظام الداخلى إلا أن هذا التحفظ يجب ألا يتجاوز حدوده أو يمتد لاكثر من المدة الضرورية . ويبدو أن للدولة ــ إذا اتهم المبعوث المعتمد لديها بتهمة الجسس ــ الحق فى أن تتجاهل حصانته بمعنى أن لها تقبض عليه وتحقق معه ولكنها لاتقوم بمحاكمته ولا توقيع الجزاء عليه . ويبرر القبض والتحقيق فى هذه الحالة أن حصانة المبعوث مرتبطة بما لا يهدد أمن الدولة ونظامها العام إذ ليس من حق المبعوث أن يتستر وراء الحصانة كيما ينتهك قانون دولة القبول . بل إن عليه أن يحترم ذلك القانون ويلتزم بمقتضيات النظام العام لتلك الدولة (م ٤١ / ١ من معاهدة فينا) .

ويذهب الفقه التقليدى الإسلامى إلى عدم الاقرار بالحصانة الجنائية للمبعوث بدعوى أن المجرم لا يصلح لاداء مهمة المبعوث وأنه كمستأمن أو جار يلزم باحترام أحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم فإن محاسبته على جرائمه أمام القضاء الإسلامى هو دفع للفساد ، ودفع الفساد واجب ملزم لكل من يقيم من المسلمين . وانه ليس للمبعوث أن يشكو من ذلك حيث أن الاسلام عرف بالعدل « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » . كما انه لا خوف عليه

من القاضى المسلم « ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى » (المائدة / ٨) .

والحق أن هذا قول يحتاج فى قبوله إلى ركيزة عقائدية تمهد للنفس تقبله وتهيأ العقل لاستيعابه ، أما المستأمن أو الجار الذى لا يدين بدين الإسلام ولم تمس حلاوته شغاف قلبه فلا يسهل عليه أن يتفهم هذه المبررات ، ثم إن هذا القول بمنطقه يمكن أن يكون حجة لدولة المستأمن فى عدم الاقرار بحصانة جنائية للمبعوث الإسلامى فى دولة غير اسلامية على اساس المعاملة بالمثل .

وفى تقديرى أن سابقة الرسول الكريم مع ممثلى مسيلمة لا تتفق مع هذا الرأى بل لعل العكس هو الصحيح إذ ماأفهمه من النقاش الذى دار بين النبى ﷺ وبين الرسولين يتضمن مايفيد أن الرسولين قد ارتكبا جريمة نكراء امام الرسول وفى دار الرسالة عندما قالا انهما يقولان بما يقول به مسيلمة وهى جريمة قرر الرسول فى حينه أن عقوبتها الاعدام ومع ذلك فانه اعفاهما من تطبيق العقوبة احتراما للحصانة التى يتمتع بها السفراء . فكيف نقول بعد ذلك أن السفير لا يتمتع بحصانة جنائية ؟ لقد وضع الرسول مبدأ الحصانة الجنائية المطلقة فجعل الرسالة فى ذاتها هى التى تحمى الرسول ، اى ان المهمة الدبلوماسية هي الامان والحاجب عن المحاسبة . وليس بعد حديث الرسول حديث . اننا إذا سايرنا النظرية التقليدية فى حرمان السفير من الحصانة القضائية كما تريد النظرية التقليدية لم يبق للسفير حصانة تذكر . وتبعا فإننا نجرد أحكام السلام فى الإسلام من ركيزة قوية لدعم السلام وتوطيد أواصر الاعراف بين القبائل والشعوب لاسيما وأننى اسلفت ان السفارة فى مفهومى ضرورة وليست خيارا .

اننى لا انكر أن من حق الدولة الإسلامية ـــ وتجاريها فى هذه الممارسة الدولية المعاصرة ـــ أن تقوم فى الظروف الاستثنائية باحتجاز المبعوث أو حبسه مؤقتا على سبيل الاحتياط وليس العقاب فقد استبقى الرسول ﷺ سفراء مكة لديه اثناء التفاوض على صلح الحديبية إلى أن عاد اليه سفيره سالما من مكة .

وهذا مافعلته ايران سنة ١٩٧٩ مع من احتجزتهم الثورة من الدبلوماسيين الامريكيين والذين اسمتهم الأوساط الغربية بالرهائن . وتتلخص الوقائع فى أن عددا من المتظاهرين الإيرانيين هاجموا السفارة الأمريكية وقبضوا على كل من كان موجودا فيها ثم تلى ذلك بقليل الاستيلاء على القنصليتين الامريكتين فى شيراز وتبريز ووقع الأسرى فى أيدى هؤلاء الثوار ورفضوا الافراج عمن احتجزوهم إلى أن تستجيب الولايات المتحدة لبعض المطالب الايرانية . وقد استشاط هذا الغضب الإيرانى السماح للشاه المعزول بدخول الولايات المتحدة — على الرغم من تحذير ايران — بدعوى حاجته إلى العلاج . كما احتجز بجانب هؤلاء القائم بالاعمال الأمريكى ودبلوماسيان آخران فى وزارة الخارجية الايرانية فى ظروف غامضة . ثم قام المناضلون — وهم من الطلبة — بالافراج عن ثلاثة عشر شخصا من المحتجزين يومى ١٨ ، ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٩ .

وتحكى قصة هؤلاء المحتجزين سلسلة طويلة من الاحداث ليس هنا مجال تفصيلها . وقد اهتم مجلس الامن بالموضوع وأصدر بصفته عدة قرارات كانت فى صالح الولايات المتحدة ، كما رفعت الولايات المتحدة دعوى ضد ايران أمام محكمة العدل الدولية انتهت بحكم ضد ايران . والطريف أن العدد/٧٤ من المجلة الامريكية للقانون الدولى الصادر فى ابريل سنة ١٩٨٠ تضمن تعليقا على الحكم (ص ٤١١ — ٤١٧) ألخص ترجمة لمقتطفات منه . يرى التعليق أن استخدام سفارة للمساس بالنظام الدستورى لدولة والمساعدة فى اقامة وتدريب البوليس السرى الذى ارتكب عددا من الجرائم ضد الشعب يعتبر من الامور الخطيرة ولذا فان القانون الذى يغلب أحكام الحماية الدبلوماسية على مصالح الشعب ويحمى الدبلوماسى على حساب استقرار الدولة هو قانون جائر ، إذ كيف يمنح حاكما طاغيا عذب شعبه حق الملجأ ونضفى حماية باسم الدبلوماسية على الشرطة المتعسفة . ان تفسير هذا هو أن القانون الدولى المعاصر وضع لحماية الحكومات ضد مصالح المجتمع ولذا فان الاحتماء وراء القانون فى مثل هذه الفروض الجائرة يفتقر إلى اساس منطقى . وحرى بالذكر ان ايران كانت قد طلبت من المجتمع الدولى منذ البداية تشكيل لجنة للتحقيق

فيما ارتكبه الشاه من مظالم وتصرفات غير مشروعة وربطت بين الافراج عن المحتجزين وبين تسليم الشاه إليها واعادة امواله إلى الشعب . ويبدو أن اللجنة قد تحققت من صدق اتهامات الثورة الايرانية للشاه .

إن الرأى عندى هو أن الأمان أو الجوار الذى اعطى أو يعطى لمبعوث الحضرتين يتضمن نصا ــ أو عرفا ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ــ باعفاء المبعوث من المثول أمام قضاء الدولة الإسلامية وفضلا على أن ذلك هو من قبيل المعاملة بالمثل فإنه لا يتعارض فى مفهومى مع الآيات التى يستند اليها الفقهاء فى تطبيق الشريعة الإسلامية على الحوادث التى تقع فى دار الإسلام فى حق المقيمين على اقليم الدولة الإسلامية . ان الفقهاء يوردون فى هذا المقام عموم الآيات الآمرة بالحكم بما أنزل الله فى سورة المائدة . فالله سبحانه يقول « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » (الآية ٤٤) ويقول عز من قائل « ومن لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الظالمون » (الاية / ٤٥) ويقول جل ذكره بما انزل الله فأولئك هم الفاسقون (الاية ٤٧) ويقول تبارك وتعالى « وان احكم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ماانزل الله اليك » ، (الاية ٤٩) . إن هذه الايات نص فى القانون الذى يطبقه القاضى المسلم فهى تشكل قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص وتبعا فهو ملزم بحكم تلك الآيات إذا ماعرض الامر عليه ولكنها ليست حكما نصا فى اختصاص القاضى المسلم وحده فليس فى مبناها مايلزم بأن يكون القاضى المسلم هو وحده الذى ينظر فى القضايا التى تقع فى دار الإسلام . والدليل على ذلك أن الفقهاء أجازوا أن يكون هناك قاض غير مسلم فى دار الإسلام للفصل فيما يتعلق بالشئون الخاصة بالذمى والمستأمن . أما ان اختصاص القاضى المسلم بالفصل فيما يصدر عن المبعوث من جرائم هو دفع للفساد فأمر يمكن غض النظر عنه من قبيل الاستحسان ودرءا لمفسدة اكبر وهى سوء العلاقات بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية إن لم تكن القطيعة بين الدولتين . وقد رأينا الغضبة المضرية التى غضبها المجتمع الدولى عندما احتجزت ايران بعض الدبلوماسيين الامريكيين وماتعرضت له ايران من محاولة غزو امريكى لاختطاف المحتجزين .

ثم ان انتفاء المبعوث من الاختصاص الإسلامى لا يعنى مسامحة المبعوث عما ارتكبه فإن المفروض أن تأتى دولته احدامرين: فهى اما ان تتنازل عن حصانته كى يحاكم أمام القضاء الإسلامى واما ان تقوم هى بمحاكمته عما فعل وتوقع عليه الجزاء الذى يراه قضاؤها وفى ذلك تطييب لخاطر الدولة الإسلامية فى الظروف والاوضاع الدولية الراهنة .

هذا ولا يغيب عن البال ان من حق الدولة الإسلامية ان تطرد المبعوث المجرم (أى تعتبره شخصا غير مرغوب فيه) وتطلب إلى دولته سحبه وفى هذا رد على الحجة التى تبرر اخضاعه للقضاء الإسلامى بدعوى ان المجرم لا يصلح لاداء وظيفة المبعوث .

ولكن ما القول لو أن سفير دولة الإسلام اتى تصرفا مدنيا او ارتكب جريمة فى اقليم دولة المقر ثم اعيد إلى دولة الإسلام ، هل يمكن مقاضاته امام القضاء الإسلامى ام لا ؟ .

إذا كان مبعوث الدولة الإسلامية غير مسلم فانى لا أرى مايمنع من ان يقاضى مدنيا وجنائيا أمام القضاء الإسلامى أو القضاء الذى تخصصه دولة الابتعاث الإسلامية لرفع الدعوى على المبعوث أمامه . فهو من أهل الكتاب وأتى تصرفا أو ارتكب فعلا فى دار العهد وتبعا فإن محاسبته فى دار الإسلام لا غبار عليها .

إما إذا كان المبعوث مسلما فالامر محل خلاف بين الفقهاء ويبدو أن القاضى المسلم ــ على ماهو راجح فقها ــ لا ينظر فيما صدر من المبعوث ــ شأنه شأن أى مسلم ــ من تصرفات مدنية فى دار الحرب . لأن المداينة تقع هدرا فى دار الحرب لانعدام ولايتنا عليهم وانعدام ولايتهم علينا ولأن غصب كل واحد منهم (المسلم والحربى) صادف مالا غير مضمون فلم ينعقد سببا لوجود الضمان .

اما مايرتكبه من نجرائم فى دار الحرب فلا يكون مستوجبا للعقوبة عند

الحنفية حتى ولو رجع إلى دار الإسلام لان الفعل لم يقع موجبا للعقاب أصلا لعدم ولاية إمام المسلمين على دار الحرب . أما الجمهور فيرى انه يستحق العقاب عما يصدر منه موجبا لحد أو تعزيز لأن أمر الله تعالى باقامة الحد مطلق فى كل مكان وزمان . وروى أبو داود فى المراسيل عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ « وأقيموا الحدود فى الحضر والسفر على القريب والبعيد ولا تبالوا فى الله لومة لائم » .

واغلب الظن عندى ان القائلين بعدم محاسبة المبعوث المسلم عن تصرفاته وأفعاله فى غير دار الإسلام انما صدروا فيما قالوا عن تصور مخالف للغرض الذى أبحثه هنا ، ذلك هو انقسام العالم إلى دار اسلام ودار حرب وهؤلاء لم يتصوروا فئة ثالثة من الدول ولذا اعتبروا دار العهد دار اسلام لانهم صاروا بالصلح أهل ذمة تؤخذ منهم جزية الرقاب ، ولكنى اتكلم هنا عن تصور آخر . اننى اتكلم عما يأتيه المبعوث المسلم فى دار العهد بمعنى الدار التى لم يستول عليها المسلمون فلا تطبق فيها شريعتهم ولكن أهلها دخلوا فى عقد المسلمين وعهدهم على شرائط اشترطت وقواعد عينت . ومن الشروط التى تعتبر حاليا ضمن أحكام العهد محاسبة المبعوث عن تصرفاته المخالفة لتشريعة دار العهد — طواعية لما تقضى به الاعراف الدولية اما امام قضاء دار العهد واما امام قضاء دار الإسلام . ومن الامثلة السالفة لدار العهد — بالمعنى الذى أقصد اليه — أهل النوبة الذى احتفظوا باستقلالهم ردحا طويلا فعقد عبد الله بن سعد معهم عهداً ليس فيه جزية وانما كانت مبادلات تجارية بين الطرفين ولذا فإنى أطلق على الدول التى تدخل فى علاقات سلمية مع الدول الإسلامية وتتبادل معها السفراء بداية العهد. ان القبول بغير هذا يهدد تأمين المصالح الاقتصادية وحل القضايا السياسية بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية . ولعل هذا التقسيم الثنائى الذى تمسك به جمهور الفقهاء التقليدى هو الذى اتخذه بعض المستشرقين دليلا على ان الإسلام عقيدة غارات وحروب وسماه جولد تسهير تقويم البلدان الإسلامى وهو تقسيم لا يلتقى كما اسلفت — مع نص آمر فى القرآن أو الحديث — ولا يستقيم مع حقائق الحياة الدولية حتى فى باكورة قيام

الدولة الإسلامية فقد عقد الرسول ﷺ صلحا مع نصارى نجران أمنهم فيه على حياتهم وفرض عليهم ضريبة . قيل انها خراج وقيل إنها جزية . كما عامل الحبشة ـــ وهى ليست من دار الإسلام ـــ على أنها دولة صديقة ، وكان عليه الصلاة والسلام يهتم شخصيا براحة من يقوم منها برسالة (الطراز المنقوش لعبد الباقى ، ص ٤٥ ـــ ٤٦) . فاذا كان الامر ماقدمت فكيف نقول إن مداينة المسلم فى دار العهد تقع هدرا وان مايرتكبه من جرائم هناك لا يستوجب العقاب ؟! إن مثل هذا يكون فهما غريبا للصلح والعهد . ولكن الذى نستطيع أن نقوله ـــ وأنا أؤيده ـــ إن القاضى المسلم ملزم بأن يقضى فيما يعرض عليه من تصرفات وفعال المبعوث فى دار العهد ـــ بأن يحكم بما أنزل الله لان هذه كما اسلفت هى قاعدة تنازع القوانين فى الإسلام .

ب ـــ الحصانة العينية :

لا يخطىء الدارس للحصانات العينية فى القانون الدولى المعاصر فى ملاحظة أن الاضطراب يعتور الفقه والعمل الدوليين فى هذا الخصوص . وينصب الخلاف اساس على ماإذا كانت الحصانة العينية تقتصر على الاموال التى يحتازها الدبلوماسى بصفته الرسمية ام انها تمتد شاملة لكل مايمكن لدى الدبلوماسى بصفته الشخصية . وهكذا نرى الفقه متفقا على اضفاء الحصانة على الاموال العامة للدولة ولكنه يذهب مذاهب شتى بالنسبة لما يملكه الدبلوماسى ملكية خاصة .

اما مبانى البعثة فقد عالجت م ٢٢ من وفاق فينا مركزها الخاص فحرمت على دولة المقر ممارسة اى تصرف من تصرفات السيادة فى تلك المبانى أو مايرتبط بها ، وفرضت على دولة المقر حمايتها من أن تنتهك حرمتها أو أن يعبث بها المتطفلون . والراجح عندى ان الالتزام بحماية مبانى البعثة ليس التزاما مطلقا بمعنى انه إذا أصاب المبانى ضرر دون أن يكون ذلك بسبب اهمال دولة المقر فإنها لا تتحمل مسئولية ذلك قانونا . وفى تقديرى أن النظرية الإسلامية سبقت إلى تلك الاحكام قياسا على السنة النبوية الشريفة . فقد دأب الرسول ﷺ

على تخصيص مسكن خاص للرسل فى بيت رملة بنت الحارث بن سعد ، كما كانت هناك دار آخرى للغرض ذاته يطلق عليها « دار الضيفان » . ان هذه الدور — وهي دور الضيافة — تعنى ان الإسلام يحرص على ان تكون اقامة المبعوث وممارسته لمهمته فى مكان يطمئن فيه على توفر حقوق الضيف وراحته . وكانت دورا للضيافة المؤقتة لان الوفادة كانت مؤقتة أما اليوم فإننا نستطيع — عن طريق القياس — ان نقول إن دور البعثات ومايلحق بها هى دور ضيافة دائمة تسمح بها دولة الإسلام لاستقبال واقامة المبعوث وممارسته لمهام وظيفته . وتبعا فان مقتضى هذه الضيافة الخاصة ان تضمن دولة الإسلام لتلك المبانى حرمة تتفق مع الالتزامات التى تفرضها آداب الإسلام على المضيف .وأن تحرص على ألا تأتى فيها بما يعكر صفو المبعوث — كمضيف . وطبيعى أن حصانة المبنى تمتد إلى مابه من أوراق ووثائق ومستندات ، فهذه ايضا لا يجوز لدولة المقر أن تمس بها وتقاس على هذا حصانة البريد الدبلوماسى فلا يجوز تفتيش الحقيبة الدبلوماسية (أى حقيبة الحضرتين) ولا يجوز انتهاك حرمتها الا فى الأحوال التى يجوز فيها تفتيش الامتعة الشخصية للمبعوث . ومن السوابق الخطيرة سابقة القضية التى ضبط فيها سفيران من امريكا اللاتينية وهما يهربان فى الحقيبة الدبلوماسية كميات كبيرة من الهروين إلى الولايات المتحدة وتبين انهما عضوان فى عصابة دولية لتهريب المخدرات .

ومن هنا فانى ارى ان النظرية الإسلامية تتسع فى شأن حصانة ومبانى الحضرتين — لما قد تضيق عنه النظرية الدولية المعاصرة . فهى تقرر حصانة لمسكن المبعوث — ايا كانت مرتبته سفيرا أو من مساعدى السفير ومعاونيه بشرط الا يستخدم المسكن لأغراض تتعارض مع المصلحة العامة للدولة الإسلامية . ولذا فانى اقول ان هذه الحصانة الواسعة التى تقرها النظرية الإسلامية لا يجوز الاحتجاج بها فى حالتين :

أ — منح ملجأ لاعتبارات غير انسانية لاسيما إذا كان اللاجىء قد ارتكب جرما ضد العقيدة الإسلامية .

ب ـــ استخدام دار البعثة لنشاط غير مرغوب فيه ويهدد سلامة الدولة وأمنها القومى .

واضرب هنا مثلا لسابقة معاصرة لانها حدثت بين دولتين مسلمتين وأؤيد فيها موقف الباكستان ضد العراق على فرض صحة زعم باكستان . حصل سنة ١٩٧٣ ان استدعت وزارة الخارجية الباكستانية سفير العراق لدى باكستان وأفهمته ان اسلحة ترد إلى باكستان تحت ستار حصانة الحضرتين وان هناك دليلا على انها تخزن فى السفارة العراقية فرفض السفير اعطاء اذن بالتفتيش ولكن رجال الامن اقتحموا ـــ فى حضور السفير ـــ مبانى السفارة وعثروا على رسالات كبيرة من الاسلحة ، ونتيجة لذلك ارسلت حكومة باكستان احتجاجا إلى العراق وسحبت سفيرها هناك واعتبرت أن السفير العراقى شخص غير مرغوب فيه .

بيد ان هذا لا يعنى ان تتخذ منه الدولة الإسلامية مبررا لاقلاق راحة البعثة وتحدى حصانتها إذا يجب ألا تلجأ إلى هذا الا فى حالات الضرورة القصوى التى تمعن فيها البعثة فى اساءة استعمال الحق فى الحصانة .

ومن الطلى ـــ قبل أن انهى الكلام عن الحصانة العينية ـــ أن اتعرض لحصانة لها أهميتها حتى أن البعض يعالجها منفصلة عن حرمة مبانى البعثة ، ذلك هو مايسمى بحق العبادة droit de chapelle . وقد قدرت لجنة القانون الدولى ـــ وهى بصدد اعداد مشروع معاهدة الحصانات والامتيازات الدبلوماسية أن هذا الحق مستقر إلى حد أنه فى غنى عن أن يدرج ضمن أحكام المشروع ـ والواقع أن الجدل الذى يدور حول هذا الحق لا يتعلق بأساس وانما بنطاق تطبيقه وهل يقتصر على رئيس البعثة أم انه يمتد إلى من هو دونه مرتبة وهل يعلق ذلك على أن تكون ممارسة الديانة المعنية مسموحا بها علنا فى دولة المقر وهل يجيز ذلك قرع الاجراس أو السير بموكب خارج المبنى ، وهكذا . وقد انتهى وفاق فينا إلى اثبات ذلك الحق ولكنه ترك تحديد طريقة ممارسته لما تقضى به قوانين ونظم الدولة المضيفة التى يجب على موظفى البعثة مراعاتها طواعية لنص المادة/ ٤١ من

الوفاق . وذلك حكم يتطابق مع ماقالت به النظرية الإسلامية منذ مئات السنين . ان الشريعة الإسلامية لم تقر بحرية العبادة للمبعوثين فحسب بل انها تقرها لغير المسلمين عامة . وعلى ضوء ذلك عاش غير المسلمين فى كنف الدولة الإسلامية دون أن يتعرض احد لعقيدتهم أو يكرههم على الإسلام وترك دينهم « لكم دينكم ولى دين » (الكافرون / ٦) .

ولكن لا يفوتنى هنا أن اشير إلى آراء الفقهاء فى شأن اجبار الذميين والحربيين على دخول الإسلام فلهم فى ذلك أقوال واختلافات معروفة . فمنهم من يرى جواز اجبار الذمى على دخول الإسلام ومنهم من رأى — وهو الجمهور — عدم جواز إكراه الذمى والمستأمن على دخول الإسلام ، ولكل أسانيده من القرآن التى تنفى بعضها الاكراه وتدل بعضها على الاجبار . ومناقشة هذا الخلاف تخرج فى تفاصيلها عن موضوع هذه الدراسة ولكن الدارس الذى ينعم النظر فى الآيات الكريمة سوف يجد أن القتال والاكراه على قبول الإسلام بمعنى الخضوع والانقياد له انما يرتبط بموقف غير المسلم من الدعوة الإسلامية وتعرضه لفتنة الناس عن دينهم فان لم ينقص المسلمين شيئا ولم يظاهر عليهم ترك معاهدا مستأمنا إلى أن يقضى الله فيه أمره . وقد تعرضت من قبل — بقدر كاف من التفصيل لنظرية الإسلام إلى العلاقات الدولية وأن الاصل فيها هو اسلام لا العدوان . أما عن الإعلان عن شعائرهم واظهارها بدار الإسلام فللفقهاء فيها تفصيل .

فالحنابلة يرون وجوب « منعهم من اظهار شعائرهم لمخالفة ذلك للمظهر الإسلامى العام اما اقامتهم الشعائر داخل اماكن العبادة التى خصوصها لذلك فجائز ويرى الحنفية انهم يمنعون من اظهار شعائرهم فى امصار المسلمين — عواصمهم — حيث أنها موضع لاظهار دين الإسلام وشعائر المسلمين ، فلا يسمح بمزاحمة غير المسلمين لهم فى ذلك » (عبد الوهاب عبد العزيز الشيشانى — حقوق الانسان وحرياته الاساسية فى النظام الإسلامى والنظم المعاصرة ، مطابع الجمعية العلمية الملكية ، ١٩٨٠ ، ص ٥١٦ — ٥١٧) .

ومن ثم فان للمبعوث ـــ أيا كانت مرتبته ، بل ولكافة موظفي البعثة وخدمها ـــ أن يمارسوا شعائرهم الدينية داخل البعثة وألا يعلنوا عنها على نحو يخالف المظهر الإسلامي العام . وجلى أن حكم م ٤١ من وفاق فينا لايعارض هذه النظرية الإسلامية .

الامتيازات المالية :

لم يكن حكم القانون الدولي ـــ فيما سبق مؤتمر فينا ـــ واضحا بشأن الاحكام التي تنظم فرض ضرائب على المبعوثين . وذهب بعض الفقهاء في تبرير ذلك إلى أن الاعفاء مجاملة دولية تقوم على المعاملة بالمثل وإلى صعوبة اتخاذ اجراءات جبرية ضد المبعوث الذي يرفض دفع الضرائب . وقد قررت م ٣٤ قاعدة عامة تعفى المبعوث من دفع الرسوم والضرائب الشخصية والعينية ـــ الوطنية والاقليمية والبلدية ـــ ولكنها اجرت على تلك القاعدة ثلاثة استثناءات تتعلق (١) بالمستحقات التي تفرض لقاء خدمات معينة تؤدى مثل رسوم الطريق أو استهلاك الكهرباء والمياه . (٢) والضرائب غير المباشرة وهي التي تدرج عادة ضمن سعر السلع والخدمات ، (٣) والضرائب العقارية والضرائب التي تفرض على نشاط شخصي للمبعوث .لا صلة له بواجباته الرسمية .

والاحكام التي انتهى اليها وفاق فينا تكاد تكون تقنينا لما قال به الفقه الإسلامي منذ العصر الوسيط فأساس الامتيازات المالية ـــ كما اسلفت ـــ هي المعاملة بالمثل . وقد قرر الفقهاء « عدم التزام المستأمن بضريبة الجزية إلى مادون السنة عند اكثر الفقهاء (غير الحنابلة) أو طوال اقامته في بلاد الإسلام حتى تنتهي حاجته عند الحنابلة » (الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ١٥٦) . ومن ثم فإن المبعوث ـــ كمستأمن مقيم ، أو كمجاور ـــ لا يدفع الجزية طوال قيامه بمهمته قياسا على المذهب الحنفي .

أما ضريبة الخراج .فالامر فيها لتقدير الحاكم إن رأى قدرها وإن رأى أعفى المبعوث منها . وفي تقديري انه مادام ان وفاق فينا قد استثنى الضرائب

العقارية من الإمتيازات المالية، فإني أرى أن هذا الخيار يبقى للإمام ويجب أن يراعي في ممارسته الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل اللهم إلا إذا كان العقار في حيازة المبعوث باسم دولة الابتعاث لأغراض تتعلق بالبعثة فإني أقترح في هذه الحالة أن يقرر الإمام اعفاء العقار من الضريبة العقارية توطيدا لحصانة المبنى واحتراما لمبدأ المساواة بين الدول وتدعيما لمجاملات السلام بين الدول.

كذلك يعفى المبعوث من الضرائب الشخصية المباشرة مادام أن وفاق فينا قد قرر الاعفاء منها لأن الالتزام بهذا الاعفاء قد أصبح بفضل تطبيق هذه المادة التزاما تبادليا متقابلا.

٦ : ويمكن أن أضيف بمناسبة الكلام عن الإمتيازات المالية ولو أن هذه الاضافة لا تدخل ضمن الامتيازات المالية بالمعنى الدقيق أن السفراء كثيرا ما كانوا يتحفون بالهدايا من قبل دولة الاعتماد، وقد روي عن الرسول ﷺ أنه أوصى وهو على فراش الموت بأن يحرص خليفته على تزويد الرسل بالهدايا كما كان يفعل هو، وقد أعطى عامل عمان ذات مرة خمسمائة درهم (حميد الله، المرجع السابق، ص ١٤٧ - ١٤٨).

أمد حصانة الحضرتين

تبدأ حصانة الحضرتين من وقت دخول المبعوث اقليم دولة الاستقبال على رأي أو من وقت إعلام دولة الاستقبال على رأي آخر، وتلك مسألة عملية لا أظن أن النظرية الإسلامية تفصل فيها فهي من شؤون الجماعة الدولية التي تترك لتقدير الدولة الإسلامية بشؤون ...

وتنتهي مدة الحصانة بأحد أمرين:

١ – التنازل عن الحصانة ممن يملك حق التنازل عنها.

٢ – بانتهاء مدة سفارة المبعوث.

أما عن التنازل فقد قدمت أن للدولة الإسلامية أن ترفع الحصانة عن رئيس البعثة ولرئيس البعثة أن يرفع الحصانة عن باقي مبعوثي الحضرتين المرؤوسين له.

ولكن هذا حكم نظرى لاننى انصح الدولة الإسلامية بعدم رفع الحصانة عن ممثليها لدى الدولة غير الإسلامية لاعتبارين : الأول هو قوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (النساء / ١٤١) ذلك أن السماح لدولة المقر المخالفة بمحاسبة المبعوث الذى يمثل دولة الإسلام يمكن أن يدخل فى حكم جعل السبيل لدولة المقر المخالفة على دولة الابتعاث . والثانى هو مخافة أن يفت ذلك فى عضد المبعوث وقد يهون من ايمانه بحماية دولته له ، وهذا ماتبصره عمر بن الخطاب فكتب إلى عماله ألا يجلدن امير الجيش ولا سرية أحدا حتى يخرج إلى الدرب غافلا لئلا تلحقه حماية الشيطان فيلحق بغير المسلمين . وقد نصح ابو الدرداء بعدم اقامة الحدود على المسلمين فى ارض العدو خشية أن تستشاط فيهم الحمية فيلحقوا بالكفار . وروى البيهقى عن زيد بن ثابت حديثا نصه « لاتقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو » . وروى عن علقمة ان حذيفة نصحهم — اثناء غزوهم لارض الروم — وقد أرادوا حد رجل احتسى الخمر بألا يحدوه وقد دنوا من عدوهم فيطمع ذلك العدو فيهم . ويجوز للدولة الإسلامية أن تعتبر المبعوث شخصا غير مرغوب فيه إذا ارتكب بعض المخالفات مثل الزنا بمسلمة أو الزواج بها — إذالم يكن مسلما — أو دلالة اهل الحرب على عورة المسلمين او مكاتبتهم بأخبارنا أو فتنة مسلم عن دينه أو قتله عمدا أو قذف مسلمٍ أو دعوته إلى دينه أو الطعن فى الإسلام أو القرآن أو سب الله أو ذكر الرسول او غيره من الانبياء بسوء . ويرى المالكية والحنفية ان نقض اقامة المبعوث هنا يمكن أن يحصل سواء شرط ذلك على المستأمن (أو الجار) أم لم يشرط والأصح عند الشافعية انه لاينتقض عهدهم بذلك الا إذا شرط عليهم انتقاض العهد بالمخالفة .

اما عن انتهاء الحصانة بانتهاء مهمة المبعوث ، فإن الشافعية والمالكية يقولون بذلك ولكن خلفية رأيهم هو توقيت الامان — وتبعا الجوار — بأجل اقصى وعندهم أن هذا الاجل يجب ألا يتجاوز عشر سنوات كالهدنة — ولكنهم يقبلون هذا الأجل الطويل فى حالة ضعف الدولة الإسلامية فحسب .

وقد تشدد الحنفية والشيعة الامامية والزيدية فاشترطوا الا يبلغ الامان عاما

وأن يقدر الاجل بمدى الحاجة فحسب خشية ان يغدو المستأمن (الجار) عينا على المسلمين وعونا عليهم .

أما الحنابلة فكانوا أكثر المذاهب واقعية وأوسعهم حلما على المستأمن (الجار) فأجازوا عقد الامان للمبعوث مطلقا ، أى انهم لم يقيدوا الامان بمدة معينة بخلاف الهدنة فانها لاتجوز الا مقيدة .

ولما كانت خلفية المذاهب فى تحديد مدة أمان المبعوث بفترة معينة انما تنطلق من تصور الوفادة على انها مؤقتة . أما ونحن نتكلم عن وفادة دائمة فإن الرأى الاكثر اتساقا مع واقع العلاقات الدولية المعاصرة عندى هو رأى الحنابلة . ومن ثم فإن المبعوث يتمتع بحصاناته وامتيازاته مادام قائما على رأس وظيفته سواء طالت أم قصرت . ومن الامور التى تقتضيها المصالح المرسلة أن نتبنى نص م ٣٩ من وفاق فينا ونصها :

١ ــ تزول الامتيازات والحصانات عن الشخص المتمتع بها متى انتهت وظيفته من الوقت الذى يغادر فيه البلاد أو بمجرد انقضاء المدة المعقولة التى منحت لهذ الغرض وتظل تلك الامتيازات والحصانات نافذة طوال هذه الفترة حتى فى حالة قيام نزاع مسلح . ومع ذلك تبقى الحصانة قائمة فيما يتعلق بالاعمال التى أداها هذا الشخص فى مباشرة وظيفته بوصفه عضوا فى البعثة .

٢ ــ فى حالة وفاة أحد اعضاء البعثة يستمر أفراد عائلته متمتعين بالامتيازات والحصانات المقررة لهم لمدة معقولة تسمح لهم بمغادرة اقليم دولة الاستقبال .

وبدهى أن تنتهى السفارة بقيام الحرب لان السفارة تفقد عندئذ الحكمة من بقائها ويسقط عنها مبررها .

وليس مما يجافى المنطق أن يخضع مبعوث الحضرتين للقضاء ــ بعد أن ينتهى أمد حصانته ــ عن أمور حصلت وقت أن كان متمتعا بالحصانة ، إذا قضى القانون المحلى لدولة المقر بذلك .

وإذا كان مبعوث الحضرتين يملك أن يحتمى بحصانته فليس أمام صاحب الحق إلا أن يدعى عليه أمام حاكم دولة الابتعاث وسلطاتها الداخلية .

ويذهب الفقه التقليدى إلى أنه لا يجوز للامام أن يترك السفراء يخرجون من ملكه بشيء من الرقيق والسلاح او بشيء مما قد يكون قوة لهم على المسلمين ، أما الثياب والمتاع فلا يمنعون منه . وايم الحق إن هذا الرأى ينبعث عن فكرة تقسيم العالم إلى دار اسلام ودار حرب وهى الفكرة التى أكدت عدم استنادها إلى نص إلزامى ، ومن ثم فإن الدولة الإسلامية يحسن الا تذهب فى المنع الذى تفرضه على السفير عند خروجه إلى الحد الذى يتجاوز متطلبات الضرورة .

قطع تبادل تمثيل الحضرتين (قطع العلاقات الدبلوماسية)

ان قطع العلاقات بين الحضرتين انما يكون بنقض الامان ولذا فان قطع تلك العلاقات تحكمه قواعد نقض الامان (الجوار).وينتقض عقد الامان والجوار بما ينتقض به عهد الذمة . ويضيف الحنفية إلى ذلك جواز أن يقوم أحد طرفى الامان والجوار بنقضه بارادته الانفرادية لان عقد الامان والجوار عندهم غير لازم .

وبد هى ان أمان الحضرتين لا ينقض بعدم دفع الجزية لان المبعوث معفى ـــ كما اسلفت ـــ من دفع الجزية مابقى قائما على بعثته . ولذا فان نقض أمان الحضرتين ـــ أى جواز قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتى الابتعاث والاستقبال ـــ لا يكون الا بارتكاب دولة الاستقبال لبعض المخالفات .

وجدير بالذكر أن التطور الثقافى الذى واقع المواصلات والاتصالات راح يغلب النشاط الفنى للمبعوثين على دورهم الخلاق بعد ان اصبح ميسورا عليهم الاتصال بالمسئولين فى دولهم لتلقى التعليمات ، وهكذا غدت الدبلوماسية فى خدمة الشعوب بعد أن كانت قاصرة على الحكومات . وقد خلف هذا التطور بصماته على طبيعة قطع علاقات الحضرتين فبعد أن كان يستجر وراءه قطيعة تكاد تكون كاملة أصبح لايعنى لزاما قطع العلاقات التجارية أو القنصلية لان

قطع علاقات الحضرتين يتغيا اليوم الإعراب أولا عن احتجاج لا يحرك الحكومات فحسب بل يقصد إلى استثارة الرأى العام العالمى .

وفرق بين قطع العلاقات وبين وقفها فاذا أوقفت العلاقات فان استئنافها لا يتطلب اصدار خطاب اعتماد جديد .

ولكن انهاء تمثيل الحضرتين يثير مشاكل جدية تتعلق بمصالح الدول المعنية ورعاياها ولذا تسعى الدول أول ماتسعى إلى تعيين دولة ثالثة لرعاية تلك المصالح وتسمى بالدولة الحامية .

وعلى الرغم من الخلاف الذى يدور بين الفقهاء حول أثر قطع العلاقات على المعاهدات فان الايجاز يقتضينى ان اقنع هنا بتلخيص حكم المادة / ٦٣ من وفاق فينا الخاص بالمعاهدات وتقرر بأن قطع العلاقات لا يمس العلاقات القانونية التى تقيمها المعاهدات بين الدولتين اللهم الا فى نطاق مايجعل بقاء العلاقات لازما لتطبيق المعاهدة .

كذلك يجب ألا يمس قطع العلاقات الحرمة المقررة لمبانى البعثة وسجلاتها كما يظل مبعوث الحضرتين محتفظا بصفته للفترة المعقولة من الزمن التى تمنح لذلك الغرض ويظل المبعوث محتفظا بحصانته حتى ولو قامت حرب بين الدولتين ، كما أسلفت .

ومن الطلى أن اوضح ان قطع العلاقات لا يستبعد الصور الاخرى من الاتصال بين الدولتين مثل البعثات الخاصة والالتقاء فى المؤتمرات الدولية .

ان الاحكام السابقة جميعها ليست غريبة على النظرية الإسلامية وهى تدخل فى باب الشئون الدنيوية التى قرر الرسول ﷺ أن الناس اعلم بها وتبعا ترك لهم تدبيرها من قبيل السياسية الشرعية .

بل ان النظرية الإسلامية تبدو وأكثر كرما فى هذه الناحية ذلك أن مجرد اعلان الحرب لا يترتب عليه فى حكم النظرية الإسلامية تعطيل تمثيل الحضرتين وانما لابد من قيام دليل على أن المبعوث اصبح يمثل خطرا على الدولة

ومصالحها . ان قيام الحرب لا ينقض الامان (الجوار) إذ يظل المستأمن (الجار) على أمانه (جواره) وله أن يغادر دار الإسلام وقتما يشاء ومعه ماأحضره من أموال بل ومعه أموال أخرى على ألا تكون من قبيل المهربات الحربية . واذا كان ذلك هو الوضع بالنسبة للمستأمن العادى فان المستأمن المبعوث (الجار) يبقى على حصانته إلى أن يعاد إلى مأمنه .

استطراد : الوفادة الخاصة :

اقصد هنا بالوفادة الخاصة الرسل الذين يرسلون فى مهمة مؤقتة وهى صورة سبقت كما اوضحت تبادل السفارات الدائمة وقد تضاءلت أهمية الوفادة الخاصة مع قيام التمثيل الدائم ولكنها عادت فى السنوات الاخيرة إلى الازدهار مع اكثار الدول من استخدامها . بيد أن اضطراد العمل الدولى على ايفاد الرسل فى مهام خاصة لم يخلف قواعد موحدة واضحة فى شأن معاملة افراد تلك الوفادة . ولذا سعت الجمعية العمومية للأمم المتحدة — عن طريق لجنة القانون الدولى — إلى سن معاهدة تتضمن قواعد يتفق عليها .

والتاريخ الإسلامى ملىء بصور من الوفادة الخاصة بدءاً برسولى مسيلمة الكذاب إلى محمد ﷺ مارا بالوفود التى وفدت على الخلفاء الراشدين وانتهاء إلى مانشهده اليوم.. وقد خلط الفقه الإسلامى بين المركز القانونى للوفود الخاصة وبين المركز القانونى للبعثات الدائمة ولذا استعار أحكام الحصانات والامتيازات المتعلقة بالوفود الخاصة وطبقها على البعثات الدائمة ، وهذا ماألجت إليه من قبل ورفضت متابعته فى دراسة حصانات وامتيازات البعثات الدائمة دون تمحيص ودراسة .

صحيح أن السفارات المؤقته والدائمة قد تشترك فى المواصفات التى يجب تحريها فى الرسول والأغراض التى تستهدفها السفارة ومراسم استقبال المبعوث . ولكن الأساس قد يختلف ذلك أن الفقه التقليدى عرف السفارة المؤقتة وناقش أحكامها ولذلك فأن ماورثناه من آراء فى هذا الخصوص له حجيته على عكس الأمر بالنسبة للسفارات الدائمة فهى صورة مستحدثة للسفارة لم

يكن الفقه التقليدى على بينة من أمرها ولذا فان أحكامها تحتاج إلى اجتهاد ولايمكن أن نكتفى فى شأنها باجتهاد الفقه التقليدى . ومن ثم فإن عرضى فى شأن السفارة المؤقتة هو ملخص لما قاله الفقه التقليدى فى حين أننى فتحت لنفسى باب الاجتهاد فى شأن أحكام السفارة الدائمة .

ويشترط الفقه الإسلامى فى الرسول صفات ومؤهلات معينة أولها الصفات الجسمانية كتمام القد وامتداد الطول وفصاحة اللسان وقوة الجنان . وقد قال الجاحظ فى الشعراء « وليكن الرسول صحيح الفطرة والمزاج ذا بيان وعبارة ، وبصيرا بمخارج الكلام ووجوهه مؤديا لألفاظ الملك ومعانيها ، صدوق اللهجة ، لايميل إلى طمع ، حافظا لما حمل » .

والعادة أن يرسل مع السفير حاشية تتناسب مع أهمية المهمة وخطورة الدولة المتبعث لديها .

ويجمع الفقهاء على عدم جواز التعرض للسفراء والرسل الذين يصحبونهم فهم يتمتعون بالأمان فى اشخاصهم واعتبارهم وأموالهم وأسرهم وحاشيتهم حتى الخدم والعبيد وتعتبر أية اهانة تلحق بأحدهم كأنها موجهة إلى السفير أو الرسول نفسه ..

ويقول الفقهاء ان الولاة إذا مالقوا رسولا يسألون عن اسمه فان قال أنا رسول الملك بعثنى إلى ملك العرب وهذا كتابه معى ومامعى من الدواب والمتاع والرقيق فهدية له فانه يصدق ولاسبيل عليه ولايتعرض له ولما معه من المتاع والسلاح والرقيق والمال . وهذا معناه أن الرسول فى بعثة مؤقتة لا يحتاج إلى أمان مسبق قبل أن يصل أرض المسلمين . ولو أن الدولة الإسلامية كانت تزود سفرائها بأوراق اعتماد صادرة على لسان الخليفة للتعريف بالسفير وصفته ولقبه ومركزه .

وتختلف النظرة الإسلامية هنا عن النظرية المعاصرة لأن الفقهاء المسلمين يرون أن يسأل السفير أو الرسول جنائيا ومدنيا عما يرتكبه من أعمال فى دار

الإسلام لأن الشريعة الإسلامية لاتجيز اهدار حقوق الأفراد أيا كان الاعتبار . والسفير أو الرسول بصفته مستأمنا أو جارا يخضع لاحكام الشريعة الإسلامية .

ولكن من الفقهاء من يجيز اعفاء المستأمن (الجار) — وتبعا السفير أو الرسول — من المسئولية الجنائية التى تتعلق بالحق العام — أى حقوق الله — كما يرى بعض الفقهاء المحدثين اعفاء المستأمن (الجار) والسفير من العقوبات التعزيرية لأن تقدير تلك العقوبات من حق ولى الأمر .

ويرى بعض الفقهاء المعاصرين اعفاء السفير من الخضوع للقضاء المدنى على أن تعوض الدولة رعاياها عما يلحقهم من أضرار وضياع حقوق بسبب هذه الحصانة ، وذلك إذا لم يتمكنوا من مطالبة السفير بها أو مقاضاته .

كذلك يرى الفقهاء المسلمون اعفاء الرسل من الرسوم والضرائب كالرسوم الجمركية والعشور إلا إذا كان مايملكه الرسول من متاع عروضا للتجارة. ويجوز للإمام ، كما قدمت ، أن يعفى السفير من الضريبة المفروضة على العقار . وعلى كل فإن المعتبر فى كل ذلك هو العرف والمعاملة بالمثل .

المبحث الثانى
فى
النظام القنصلى

تمهيد :

كانت التجارة ولا زالت عاملا فعالا فى توطيد العلاقات بين الامم فلا غرو أن تتجه الجهود إلى توفير وسائل رعايتها والعمل على تنميتها . ولا ختلف فى أن النظام القنصلى يسهم اليوم بنصيب وافر فى هذا المجال ، وقد مر على مدى العصور بتطورات تسعى إلى اضفاء مزيد من الفعالية عليه حتى انتهى إلى ما انتهى اليه .

ويزعم الغربيون ـــ وتلك عادتهم فى الحرص على نسبة الفضل دائما لانفسهم ـــ أن البذور الأولى التى نبت منها النظام القنصلى تعود إلى الجماعة الاغريقية التى عرفت نظاما لاشخاص عرفوا باسم proxéne يختار الاجنبى واحدا منهم اثناء اقامته فى البلد الاغريقى لحمايته ولتقديم النصيحة اليه . ولا اخال هذا النظام الإغريقى غريبا على العرب فقد عرف عندهم فى صورة « الاجارة » « المنع » حيث يجير العربى الغريب فيأمن بالاجارة على نفسه وتمنعه من أن يعتدى عليه . ولكننى اجد صعوبة فى الربط بين النظام ـــ الاغريقى وبين النظام القنصلى المعاصر فهو أقرب إلى منح الملجأ منه إلى رعاية المصالح التجارية التى تندرج فى الإسلام تحت باب الأمان الذى يؤمن النفس والمال .

وان صح ان هناك أصلا تاريخيا للنظام القنصلى يتقارب معه فى السمات ويدل اليه بالامارات فان هذا الاصل ولد عند العرب واستقام على يد المسلمين .

ان الفضل فى الارهاصات الاولى لهذا النظام انما يرجع إلى اهتمام العرب

عموما وقريش على وجه خاص بشئون التجارة . فقد بلغ من اهتمام قريش بالتجارة انهم كانوا يسيرون رحلتين كل عام : رحلة الشتاء إلى اليمن ورحلة الصيف إلى الشام . ويحكى التاريخ أن عبد مناف كان له ابناء أربعة دأبوا على الارتحال إلى البلاد المجاورة لتأمين مصالح التجارة ، ولعل هؤلاء هم أول من عرف التاريخ — فى حدود ماأعلم — كأناس يؤدون المهمة القنصلية فكان هاشم يتوجه إلى الشآم وعبد شمس إلى الحبشة والمطلب إلى اليمن ونوفل إلى فارس .

وكان تجار قريش يختلفون إلى هذه البلاد فى ذمة هؤلاء الاخوة الاربعة لا يتعرض لهم أحد بسوء . وكان كل منهم يأخذ من ملك البلد الذى يقصده أمانا له فكان هذا أشبه بالعلاقات القنصلية من أمراء مكة وغيرهم من الملوك. وفى ذلك يقول القرآن الكريم « لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » . (راجع الألوسى — سبائك الذهب فى معرفة قبائل العرب ، بغداد سنة ١٩٨٠ هـ ، ص ٦٩) .

« وقد استطاع العرب منذ أواخر القرن الثانى للهجرة — أن يستقروا فى ميناء خانفوا (بضم النون) إلى الجنوب من مدينة شنغهاى الحالية . وكان لهم بسبب تساهل امبراطور هذه البلاد وكرمه قاض مسلم يحكم بينهم وفق أحكام الشريعة الإسلامية ويؤمهم فى الصلاة كما كانوا يتبادلون التجارة مع الصين ويحصلون على جوازات تسمح لهم بالتنقل فى داخل هذه البلاد ابتغاء التجارة مع اهلها » (حسن ابراهيم حسن — تاريخ الإسلام ، ج ١ ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٤ ، القاهرة ، ص ٣١٥) .

وكانت هناك علاقات تجارية بين آهالى بخارى والصين . وبعد أن وصل نفوذ العرب إلى نهر سيجون كان التاجر يستطيع أن يذهب إلى الصين دون أن يلقى عقبات من قبل السلطات الرسمية .

وكانت مكة إلى جانب هذا من أهم مراكز الصيرفة فى العالم القديم حيث كان يفد اليها التجار من أرجاء المعمورة وقد يحتاجون إلى المال لسداد ماتتطلبه

تجارتهم فكانت مصارف مكة تقرضهم مايحتاجون وتؤدى لهم الخدمات التى تؤديها البنوك اليوم (احمد السباعى — تاريخ مكة المكرمة سنة ١٩٧٩ ، ج ١ ، ص ٤٠) .

ولا يستطيع المدقق فى اصول النظام القنصلى ، أن يمر على حلف الفضول — الذى أشرت اليه من قبل — دون أن يقف هنيهة ليتأمل هذه الصورة المبكرة لتنظيم متقدم يقر العدل فى المعاملات ، لا سيما التجارية منها ، وذلك بغية تشجيع العلاقات التجارية وتدعيم الروابط الاقتصادية ، وتلك هى أهم الغايات القنصلية . وكان اصحاب الحلف هم بمثابة نقابة قنصلية .

« كان نفر من جرهم وقطوراء يقال لهم : الفضيل بن الحارث الجرهمى والفضيل بن وداعة القطورى والمفضل بن قضاع الجرهمى اجتمعوا فتحالفوا ألا يقروا ببطن مكة ظالما ولا ينبغى ذلك لما عظم الله حقها .... ثم ان قبائل من قريش تداعت إلى ذلك الحلف فتداعوا فى دار عبد الله بن جدعان لشرفه وسنه وكانوا من بنى هاشم وبنى المطلب وبنى أسد بن عبد العزى وزهرة بن كلاب وتيم ابن مرة فتحالفوا وتعاقدوا الا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها أو من غيرهم من سائر العرب الا قاموا معه وكانوا على ظالمه حتى ترد عليه مظلمته فسمت قريش ذلك الحلف حلف الفضول ، وشهده رسول الله ﷺ فقال عندما أرسله الله تعالى : لقد شهدت مع عمومتى حلفا فى دار عبد الله بن جدعان ماأحب أن لى به حمر النعم ولو دعيت به فى الإسلام لأجبت . وكان بين الحسين بن على وبين الوليد بن عتبة منازعات فى مال كان بينهما والوليد يومئذ أمير على المدينة لعمه معاوية فتحامل الوليد لسلطانه فقال له الحسين : أقسم بالله لتنصفنى أو لآخذن سيفى ثم لأجلسن فى مسجد رسول الله ﷺ ثم لأدعون بحلف الفضول وكان عبد الله ابن زيد حاضرا . وأنا أحلف لو دعا به لأجبته حتى ينصف من حقه أو نموت وبلغ السوء بن مخرمة الزهرى فقال مثل ذلك وبلغ عبد الرحمن بن عبد الله التيمى فقال مثل ذلك فلما بلغ الوليد ذلك أنصف الحسين من نفسه حتى رضى » (الكامل فى التاريخ لابن الاثير — بيروت سنة ١٩٦٥ ، ص ٤١ — ٤٢) .

تلك لمحات من تاريخ العرب والإسلام تنسب الفضل إلى أهله وتزكى الأساس فى سهله فلم تكن البداية عند الإغريق بل عند العرب والمسلمين فهم الذين شقوا الطريق وهدوا السبيل . وفى قاموس لغة التجارة عندهم لقب « شاهبندر التجار » أو « ملك جماعة التجار » الذى ينظم شئون التجار ويفصل فى منازعتهم . وقد نقل الصليبيون — من بين أفضال اسلامية كثيرة عادوا بها معهم — هذا النظام إلى اوروبا . وقد عرفت الدول الإسلامية مسميات أخرى للقنصل مثل « وزير » أو « رئيس دولة » كما كان فى سومطرة ، أو شنج الميناء وهو لقب يدل على العلاقة بين المهمة القنصلية والشئون البحرية ، وتلك علاقة تبدو معقباتها اليوم فى وجود عديد من القناصل فى الموانى البحرية .

« ولعلنا إذا أردنا شيئا أن نقيم الدليل على أن دافع التجارة كان هو الدافع الرئيس الذى حول الدبلوماسية القديمة (للهواة) غير المحترفين إلى ادارة وخدمة متخصصة ذات ابعاد وأهداف . ان الادارة الدبلوماسية المهنية والدبلوماسيين المحترفين كان فى الاصل جهازا تجاريا وكان للممثلين الدبلوماسيين البريطانيين فى الشرق الاقصى اختصاصات تجارية وقنصلية ولذا احتفظت منتظمات كشركة الشرق (الشركة الشرقية) على حسابها — إلى جانب تأييد الحكومة الأولى — بمبعوثين كان نصفهم من الرسميين (قناصل) والنصف الآخر من التجار ولم يكن هؤلاء التجار يعلمون هل هم خاضعون على وجه التحقيق لمنتظماتهم التجارية أو إلى الحكومة البريطانية » (السفير احمد عبد الحميد — قناصل الدول ، دار المعارف سنة ١٩٧٧ ، ص ٦٠) .

على أن النظام القنصلى لم يبدأ دورته الحقيقية فى فلك القانون الدولى العام الا بعد المعاهدة التى ابرمها الخليفة العثمانى سليمان مع فرنسوا الأول سنة ١٣٩٥ ، فقد احتوت تلك المعاهدة على نصوص تمنح بعض الامتيازات للتجار الفرنسيين فكانت هى البذرة التى تخلق منها النظام القنصلى المعاصر .

وإذا تتبعنا النظام القنصلى بعد تلك المعاهدة نجد أنه سلك مسلكا فى الشرق

غير مسلكه فى الغرب ، ومرجع ذلك هو ما طرأ على الدولة في الشرق من ضعف مقابل القوة التي بدأت تشرئب في دول الغرب . ولذا انتهى الأمر في الشرق إلى ما عرف بنظام الامتيازات التي عانت منه كثير من دول الشرق ومن بينها مصر — إلى أن تمكنت من التحرر من ربقته مؤخرا ، ثم راجعت تجارب الغرب في تنظيمه القنصلي . أما في الغرب فقد أمسكت الدولة بزمام التطور فكان أمر تعيين القناصل بيدها [illegible] ورائدها صون مصالحها ومصالح رعاياها في الخارج . وقد انتهى هذا التطور إلى الصورة المعروفة اليوم بالنظام القنصلي [illegible]

والقناصل نوعان : قناصل موظفون — اى موظفون لدى الدولة التي يرعون مصالحها — وقناصل فخريون وهؤلاء يمارسون مهامهم القنصلية إضافة إلى نشاطهم الأصلي الذي يكسبون منه معيشتهم ، فقد يكون القنصل الفخري تاجرا أو مهنيا مثلا .

ولما كانت العلاقات التي يهتم بها القانون الدولي هي العلاقات الانسانية ، ولما كان نشاط القناصل يدور حول محور غير سياسي فإن القنصل بخلاف المبعوثين الدبلوماسيين لا يتمتع بالصفة التمثيلية العامة للدولة التي يسهر على مصالحها . ويرجع أمر تعيين القنصل وقبوله إلى السلطات التنفيذية في كل من بلدي الأصل والإقامة . وإذا قبل [illegible]
هذا يستتبع اعفاءه من الأعباء العامة [illegible]
تتعارض مع قيامه بواجباته القنصلية . والقنصل [illegible]
من هم أفراد أسرته وكذا باقي موظفي القنصلية [illegible]
ويثبت قبول القنصل بخطاب يسمى براءة Exequatuur .

والحق أنه على الرغم من اهمية النظام القنصلي وانتشاره الا انه لمّا يصبح حقا يخوله أو واجبا يفرضه القانون الدولي الامر الذى لا يتسق مع ما نلمسه اليوم من تزايد الترابط الاقتصادي والصناعي بين الامم .

النظام القنصلى فى النظرية الإسلامية : مولد النور :

قلت إن النظام القنصلى ارتبط بالتجارة فكان عذيقها الذى تترسم وحاطبها الذى تتجشم . وللتجارة فى الإسلام امارة أى امارة ومن أجلها حفظ الله أم القرى « لايلاف قريش ايلافهم رحلة الشتاء والصيف » . وكان رسول الهداية تاجرا فى البداية وعنه ﷺ انه قال « تسعة أعشار الرزق فى التجارة » . وكرم الله اللفظة فى قوله عز وجل « هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم » . فتجارة المال فى الإسلام منجاة من عسف الشتاء وتجارة العبادة منجاة من عذاب النار .

وقد حرص الرسول ﷺ ، على أن يتخذ من المبادرات الشخصية ماكان بمثابة دفعة قوية تهيىء للتجارة مناخ الازدهار حتى ولو اقتضى ذلك تضحية بشىء من دخل الدولة . فهو الذى ألغى الرسوم فيما بين مختلف رقاع كورته ، وكم من معاهدة ابرمها مع قبائل نصت على هذا الامر . وقد أقر الرسول ﷺ حلف المطيبين الذى قام على توزيع خدمات الحجاج ــ من سقاية ورفادة ولواء وندوة بين القبائل . واليه أشار الرسول فى حديثه الشريف « ماكان من حلف فى الجاهلية فإن الإسلام لم يزده إلا شدة » مادام أنه معاهدة على الخير وتأمين لراحة الحجيج . واليه ايضا تشير الآية الكريمة « أجعلتم سقاية الحاج وعمارة المسجد الحرام كمن آمن بالله واليوم الآخر لا يستوون عند الله » (التوبة / ١٩) . فالآية تقر برفعة شأن الحلف بيد أنها رفعة لا ترقى إلى مستوى الإيمان بالله واليوم الآخر ولا يمكن لجاحد أن ينكر أن اللغة العربية قد لقحت لغات الغرب بألفاظ هامة وكثيرة فى شئونها التجارة مثل لفظة « تعرفة » Tariff ولفظة « ديوان » Department .

ويحكى المسعودى انه زار الهند فى العقد الأول من القرن الرابع الهجرى فوجد أن قرابة عشرة آلاف مسلم قدموا من عمان والبصرة وبغداد ومناطق اخرى وأقاموا هناك وكان من بينهم تجار أثرياء مثل موسى بن اسحاق والسندلونى الذى كان بمثابة قاض المسلمين ويلقب باسم Huhermah ، ذلك

أن ملك الهند كان يعين أكثر المسلمين تميزا كرئيس لجماعة المسلمين ويفوضه فى شئونهم وكانوا يطلقون لقب بيصر (وجمعه بياصره) على المسلمين الذين ولدوا فى الهند . ويبدو أن هذا الوضع كان قائما فى دول أخرى مثل الخزر وسريرولان وثغانه وكوغه . فقد كانت المجموعة الإسلامية فى كل من تلك البلاد تحتكم إلى رؤساء من المسلمين .

ويؤكد الكاتب البرتغالى بارجاروزا Barbgrosa أن الأجانب من المسلمين فى كلكلتا كان لهم قاض من ديانتهم وأنه كان يوجد هناك قنصل مصرى باسم شاه مصرى (انظر مقالة Moreland, W.H_The Shahbandar in the Eastern Seas, is Jras, London, 1920, pp. 517-33)

وتروى الآثار بأن المسلمين كان لهم فى خانفو ــ ملتقى النشاط التجارى وقتئذ ــ قاض للفصل فى منازعات المسلمين ، وتلك كانت رغبة ملك الصين . وكان ذلك القاضى هو الذى يقوم فى الأعياد بمراسم الصلاة بما فى ذلك القاء الخطبة والدعاء لسلطان المسلمين .

وقد يستفاد من بعض كتابات محمد بن الحسن الشيبانى أن البضاعة التى يتجر فيها القصر والنسوه تعفى من الرسوم الجمركية فى دار الإسلام .

وإذا كانت التجارة عرضا من عروض الدنيا وركيزة من ركائز عمارها فإنها انما تدخل بذلك اساسا فى شئون الدنيا وعندئذ فإن تنظيمها وترتيب شئون ازدهارها انما يخضع اصلا للتوجيه النبوى الكريم « انتم اعلم بشئون دنياكم » . اننى لا اقصد بهذا أن اجرد التجارة كلية من القواعد التى استنها لها القرآن الكريم والحديث الشريف ولكن هذه أحكام تتعلق بما ينجز به ومع من يكون الاتجار أما الإجراءات التى تتبع لوضع المبادىء الإسلامية موضع التنفيذ والوسائط التى يتم بها تحقيق ماتستهدفه تلك المبادىء على الصعيد الدولى فذلك كله من شئون الدنيا التى يرجع تقديرها للناس فهم الذين يقررون ماهو مناسب لمعايشهم ويتعارفون على ماهو ملائم لمصالحهم وذلك هو المعيار والمبرر والحكم المقرر . ومن ثم فإن تنظيمه بما يحقق الصالح العام يدخل ضمن مايقوم

به الإمام من حقوق الأمة ، فهو سياسة شرعية . والقاعدة العامة فى التجارة هى الرضا والبعد عن الغضب والافتراء « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

واحب هنا — حتى لا اترك للمتنطعين مجالا — ان اقول اننى اقصد بالتجارة معناها الإسلامى الصحيح فى حدود اطارها الشرعى المليح .

فإذا كان الامر على ماقدمت فإن النظام القنصلى — بوصفه أداة تزكية التجارة الدولية التى من اجلها حمى الله البيت العتيق يكون من شئون الدنيا التى يترك تنظيمها لما يراه الناس — بحسب علمهم — محققا لصوالحهم .

رب سائل يسأل عن السبب الذى من أجله بنيت السند الشرعى للنظام القنصلى على أساس يختلف عن الأساس الذى بنيت عليه نظام الحضرتين . والجواب عندى هو أن المصلحة الدنيوية فى النظام القنصلى تكاد تكون هى الغاية بمعنى أن حق العباد فيها غالب فى حين أن المصلحة الدنيوية تتواكب مع المصلحة الدينية فى نظام الحضرتين حيث تتعادل فيما اعتقد حقوق العباد ومقتضيات العبادة . وتوضيح ذلك أن للدولة الإسلامية — شأن الدولة عموما — غايات هى السبب فى قيامها Raison d'étre ، وغايات الدولة الإسلامية غايات دينية ودنيوية معا ويسهر عليها — فى العلاقات الدولية — ممثلو الحضرتين وأعوانهم من شحنة وموظفين . أما القناصل فيسهرون على بعض تلك الغايات فحسب وهى المصالح التجارية — ومن ثم فإنهم سدنة لجانب من الغايات الدنيوية للدولة الإسلامية . بيد ان هذا لا يعنى ان هناك انفصاما بين النظامين بل العكس هو الصحيح ، فكلا النظامين مسئول عن تدعيم العلاقات الدولية غير أن أحدهما يتحمل المسئولية الشاملة والآخر يتحمل جانبا من تلك المسئولية . ولذا أرى أننى يمكن أن أعبر عن هذه العلاقة التى تزكيها النظرية الإسلامية بنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من وفاق فينا التى تنص على أن قبول قيام علاقات دبلوماسية يفترض قبول قيام علاقات قنصلية كذلك . فإذا كان الأمر فى النظام القنصلى أنه شأن من شئون الدنيا التى يترك أمر ترتيبها للناس فإن ذلك يقتضى أن أحكام النظام القنصلى المعاصرة يمكن أن

تزف إلى النظرية الإسلامية وفى قول آخر فإن النظرية الإسلامية ترى فى العلاقات القنصلية ماتراه النظرية المعاصرة . وأخذا بذلك فإننى استطيع أن انقل إلى هنا ماتحتويه كتب الفقه الدولى فى شأن تعيين القنصل وقبوله وماله من امتيازات وحصانات ، وحصانة مكاتب وسجلات الدار القنصلية وماله من سلطات ووظائف وأسباب إنهاء الوظيفة القنصلية ــ وذلك بكل مايحتويه من خلافات وآراء ليكون فصلا من فصول قانون السلام فى الإسلام . ولكنى لاأريدأن أحشو هذا السفر بدراسة تفيض فيها كتب القانون الدولى لأن همى الأساسى هو أن أوضح النظرية الإسلامية فيما تتميز به وتراه .

بيد أن هذا القول يحتاج إلى بعض الضوابط والروابط التى لابد أن تختلف فيها بعض تفاصيل النظرة الإسلامية عن تفاصيل النظرية المعاصرة . وهاكم البيان .

١ ــ إن ما أسلفت من أن النظام القنصلى نظام يعالج شئونا دنيوية لا يعنى أنه منفصل عن القاعدة العامة وهى أن كل نشاط حيوى يصدر عن الإنسان هو فى نظر الإسلام مظهر للعقيدة « وماخلقت الجن والانس الا ليعبدون » وهذا هو المعنى الذى يؤكده الشاطبى بقوله إن « تصرفات المكلفين ترجع إلى معنى العبادة وان كانت ــ اى التصرفات ــ منقسمة إلى عبادات ومعاملات » ، وانما قصدت إلى أن النظرية الإسلامية فى حدود اصولها العامة تحيل فى تنظيم العلاقات القنصلية إلى مايراه المسلمون على انه حسن ثم إن التعاون فى المجال الدولى وتبادل المنافع فى دائرة الخير الإنسانى العام وعلى قدم المساواة وتدعيما للحضارة الإنسانية واجب شرعى لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ، والخطاب موجه إلى الناس كافة على اختلاف شعوبهم وقبائلهم . وفى الآية الكريمة أن (العمل الصالح) الذى هو مظهر للعنصر الاعتقادى وهو (التقوى) أو هو الوجه العملى لها هو دليل عليها وثمرة لها فكان سعيا للتفاضل والكرامة لانه اساس العمران والحضارة والقوة بلاريب . فلا فصل اذن بين عنصر الاعتقاد الدينى وبين العمل الدنيوى الحضارى ــ كما

نرى — بل هو روحه فضلا عن ارسائه للأصل الإنسانى العام فى هذا التشريع » (فتحى الدرينى — خصائص التشريع الإسلامى فى السياسة والحكم ، بيروت ١٤٠٢ — ١٩٨٢.، ص ٣٠٤ — ٤٠٥) . ولذا فإن النظرية الإسلامية — فيما تقبله من تنظيم قنصلى — لا تغفل مبدأ المنفعة حتى على مستوى الجماعةالدولية لان اساسها هو جلب المصالح ودرء الاضرار والمفاسد واقرارها المصلحة العامة ومقتضياتها فى شئون الحياة . ان لهذا القيد اهميته العملية فلو أن قنصل الدولة الإسلامية دعى مثلا لحضور عرض للازياء خاص بملابس الاستحمام العارية التى تلبسها العارضات اثناء العرض فإن القنصل لا يجوز له عندئذ أن يقبل هذه الدعوة على الرغم من أن غيره من قناصل الدول الاخرى تقبل مثل هذه الدعوةبل ولوكانت دولته تستورد مثل تلك الازياء .

٢ — ان التجارة التى تقرها الشريعة مجالا للنشاط القنصلى هى التجارة التى تسمح بها الشريعة الغراء فتجارة الخمور مثلا أو بيع الخنازير ليس مما يمكن أن يكون نشاطا مسموحا به للقنصل فى علاقات الدولة الإسلامية بدولة اخرى غير اسلامية كانت أم غير اسلامية . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت أن تقوم مثل هذه التجارة مع غير المسلمين فى علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر فإن هذا لا يعنى — فى رأيى — ان يسمح به للقنصل حتى ولو كان غير مسلم لانه أنما ينطق باسم الدولة الإسلامية ويسهر على مصالحها . كما لا يقبل أن يرعى مصالح رعاياها من غير المسلمين التى تتعلق بتجارة يحرمها الإسلام إذا كان أحد اطرافها مسلما لأن هذا مؤداه أن قوة الدولة الإسلامية تسخر لدعم علاقات يسىء للإسلام انتشارها أو بقاؤها ويتغافل عنها استثناء من قبيل التسامح . وهذا قيد أراه على المهمة القنصلية فى النظرية الإسلامية ليس له مقابل فى النظرية الغربية وسندى فيه هو ماقدمت من أن المهمة القنصلية وإن كانت مهمة دنيوية فى غالبها إلا أنها محكومة فى اطارها العام بالمحظورات والزواجر الإيمانية .

وهكذا فإن القنصل الذى يمثل دولة اسلامية ليس له فى نصح المواطنين ومساعدتهم وحماية مصالحهم أن يتطرق إلى هذه المجالات المحرمة :

٣ ــ تسمح الاعراف القنصلية الجارية للقنصل بأن يرفع شعار دولته وبعض الشعارات قد تحمل علامات واشارات ذات مفهوم يناقض الإسلام ــ كالصليب مثلا ــ لا سيما وأن الصليب يشير إلى واقعة كذبها القرآن « وما قتلوه وما صلبوه ولكن شبه لهم » (النساء/١٥٧) ولذا فإن الرأى عندى هو عدم السماح للقناصل بان يرفعوا شعارا فيه من الرموز مالا تقبله النظرية الإسلامية لان هذا من قبيل الاذن لغير المسلمين بالدعوة العامة فى دار الإسلام لمفاهيمهم الالحادية التى ينقضها الإسلام ، وجمهور الفقهاء المسلمين على عدم جواز ذلك . اننا لا نستطيع أن نتكلم هنا عن المعاملة بالمثل لأنى لا أحرم رفع الشعار ــ من حيث المبدأ ــ ولكنى أحرم رفع لشعار لما فيه من اثم . ولا يمكن أن تقف الدولة الإسلامية مثل هذا الموقف لان العقيدة الإسلامية خالية من الرموز والاشارات وتبعا فلا يمكن أن نتصور شعارات لدولة اسلاميه فيه مالا تقبله عقائد الدول غير الإسلامية ــ لاسيما الدول الكتابية . وإذا أردنا أن نبدى بعضا من التسامح ، فإننى أرى ــ على مضض ــ جواز السماح برفع مثل ذلك الشعار فى مكان غير ظاهر وبطريقة لا تلفت النظر .

٤ ــ تقوم القاعدة الفقهية الإسلامية على أن بيت المال ولى من لا ولى له ومن ثم فإن وكالة القنصل ــ فيما أرى ــ عن المواطن إذا غاب وتمثيله لمصالح الورثة غير المقيمين فى دولة الاعتماد هى وكالة قانونية لا يحتاج فيها إلى اذن من المواطن أو الورثة . ان هذا التفويض القانونى للقنصل الذى لا أرى خلافا حوله فى النظرية الإسلامية ليس هو الامر المسلم به فى النظرية المعاصرة فهناك النظرية الامريكية التى تتفق مع النظرية الإسلامية فى ذلك ، وهناك النظرية الفرنسية التى ترى أن كل ما للقنصل هو ان يقدم للمحكمة اقتراحات وتوضيحات تنير العدالة وان يطلب تعيين مدافع يحمى مصالح الغائب .كذلك فإن حكم النظرية الإسلامية واضح فى حالة ما إذا توفى شخص دون أن يخلف

ورثة ، فللقنصل ان يتدخل على اساس افتراضي وهو مايسمى بالورثة المزعومين اى عندما لا يكون قد ظهر للمتوفى ورثة بعد الا ان احتمال ظهور ورثة له يعطى للقنصل الحق فى التدخل لحماية مصالح هؤلاء الورثة المجهولين ، ذلك أنه عند عدم ظهور هؤلاء الورثة بصفة نهائية فإن حمايته يفيد منها بيت المال الذى هو ـــ كما قدمت ـــ وارث من لا وارث له . والوضوح الذى تتسم به النظرية الإسلامية فى هذا الخصوص لا يجاريه وضوح مماثل فى النظرية المعاصرة لأن فى النظرية الأخيرة رأى يشترط أن يثبت القنصل الوجود الفعلى لورثة من رعايا دولة الأصل حتى يحق له أن يتدخل فى شئون التركة .

أما الإجراءات التى يجوز للقنصل أن يتخذها لحماية أموال التركة فهى :

١ ـــ الإجراءات التحفظية وفى هذا تتفق النظريتان الإسلامية والمعاصرة .

٢ ـــ ادارة التركة إذا كان المالك أو الورثة غائبين وتسلمها إذا لم يوجد وارث معلوم . وفى هذا نجد خلافا فى الفقه المعاصر إذ هناك رأى يضفى هذا الحق على القنصل ورأى آخر ينكره عليه . ولكن هذا الخلاف غير قائم فى النظرية الإسلامية .

بيد أن حق القنصل فى التدخل لا يعنى ـــ سواء فى النظرية الإسلامية أم فى النظرية المعاصرة ـــ حرمان الورثة من التدخل شخصيا أو بواسطة ممثل أو ممثلين لهم لأن تقدم الورثة لممارسة حقوقهم يسقط عن القنصل الحق فى التدخل ذلك أن تدخل القنصل لم يتقرر إلا لحماية الورثة .

تلك لمحة خاطفة عن النظام القنصلى لايعيبها الإيجاز لأن النظام القنصلى لا يزال ـــ حتى فى النظرية المعاصرة ـــ من الموضوعات التى تفتقر إلى مزيد من الدراسة والتعمق . والنظام القنصلى ـــ كما أسلفت ـــ هو من مجالات التكامل بين النظرتين الإسلامية والمعاصرة .

الفصل الرابع
في
الضمان والاستخلاف الدولي

المبحث الاول
في
الضمان (المسئولية)

عجالة عن المسئولية فى الفقه الدولى الوضعى :

المسئولية فى القانون الدولى قد تكون مسئولية عادية (مدنية وادارية) وقد تكون مسئولية جنائية . بيد أن الذى يستهم هذه الدراسة هى المسئولية المدنية فحسب ذلك أن المسئولية الادارية هى من موضوعات التنظيم الدولى أما المسئولية الجنائية فمجال الكلام عنها هو الجريمة الدولية وهذه تخرج فى تفصيلها عن نطاق هذا السفر فضلا على أن المسئولية الجنائية لازالت من بين النقاط غامضة العلامات شاحبة الملامح .

ويقصد بالمسئولية المدنية — إن صح التعبير — الالتزام الذى يفرضه القانون الدولى على الشخص الدولى بجبر الضرر لصالح من كان ضحية تصرف أو امتناع . وصور المسئولية المدنية فى الفقه الدولى الوضعى أربعة :

١ — المسئولية الخطأية :

وهى تبنى على خطأ الشخص أى ثبوت توافر الخطأ فى قصد المسئول ، وفى قول آخر أن يكون المسئول قد قصد ارتكاب الخطأ عمدا . ويؤخذ على هذه النظرية — على الرغم من أنها لازالت هى صاحبة الغلبة فى الممارسة الدولية — أن الخطأ الشخصى عنصر يصعب تحريه ووضع ذهنى يتعذر التثبت من توافره لاسيما فى العلاقات الدولية .

٢ ـــ المسئولية الموضوعية :

وتقوم على الخطأ الموضوعى بمعنى أن يقاس الخطأ بمعيار موضوعى . ولعل أقرب معيار موضوعى هو المعيار الموضوعى الذى يزن الامور بميزان رب الاسرة حسن الادارة .

والراجح فى الفقه الدولى الموضوعى أن أحكام هذه المسئولية لا تغطى حالة اساءة استعمال الحق بدعوى أنها لا تعتبر بمثابة انتهاك لالتزام فى رأى هذا الفقه .

ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن الخطأ الموضوعى يغنى بذاته فى اقامة المسئولية بغض النظر عما إذا كان قد تحقق عنه ضرر أم لم يتحقق أى ان اصحاب هذه النظرية ينظرون إلى ضمان الدولة على أنه ضمان بالحرص والعناية وليس ضمانا بالأمن فإذا أتت الدولة تصرفا غير مشروع دون حرص وعناية كان ذلك مبررا لمسئوليتها ولا يدفع عنها المسئولية الا أن تثبت انها استخدمت كل مافى امكاناتها من قدرات المنع والوقاية .

٣ ـــ الفعل غير المشروع :

وتكتفى فى التصرفات بأن يكون مخالفا للقانون ولا ضرورة لاشتراط أن يكون قد تم بطريق الخطأ أو الاهمال ، أى انها تأخذ بمسئولية تقوم على مجرد علاقة سببية بين نشاط الدولة غير المشروع وبين الضرر المتحقق . وتسأل الدولة عن الضرر مادام أن الفعل غير مشروع حتى ولو التزمت بالحرص طبقا للانماط المطلوبة للحيطة . ولا ينفى هذه المسئولية الا أن تثبت الدولة أن الضرر يعود إلى فعل الغير أو الى قوة قاهرة .

٤ ـــ نظرة المخاطر :

أى المسئولية المطلقة إذ تسأل الدولة هنا عن الضرر الذى يتسبب عن نشاطها حتى ولو كان الفعل مشروعا وراعت فيه الانماط المطلوبة للحرص والحيطة اى أنه يكفى هنا مجرد اثبات علاقة سببية بين الفعل والضرر . ولـذا إن

المسئولية طبقا لهذه النظرية تقع على عاتق المتسبب الأول اذ يجرى تتبع المسئول إلى أن نصل إلى الفاعل الاول ولذا يطلق عليها الغربيون مسمى مبدأ channelling وهو ما أعربه بمبدأ « العنعنة » . والحق أن هذه النظرية لازالت تفتقر إلى ساق تقف عليها فى الفقه الدولى وتطبيقاتها العملية قاصرة حتى الآن على النصوص الاتفاقية التى يقبل بمقتضاها الاطراف الأخذ بأحكام نظرية المخاطر ، ولعل مجالها الواقعى الآن هو النشاط الذرى .

الضمان فى النظرية الإسلامية : عرض عام :

يمكن أن نميز فى الشريعة الإسلامية بين ثلاثة انواع من المسئولية : الدينية والاخلاقية والقانونية . وان القرآن ليذكر تلك الفئات مجتمعة فى قوله تعالى : (يايها الذين آمنوا لا تخونوا الله ورسوله وتخونوا اماناتكم وانتم تعلمون » (الانفال / ٢٧) . ولكن الذى يعنينا فى هذه الدراسة هى المسئولية القانونية . وهنا نقرر أن الحقوق لاتشرع للاضرار بالناس ، انما شرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدى اليها ولذا كانت لكل حق شرعيته مادام غير مؤد إلى ضرر بغير صاحبه . فإذا ادى إلى ضرر أحد من الناس سلبت عنه شرعيته وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداء ، وعلى هذا الاساس بنيت أحكام المسئولية فى الإسلام .

ولكن الباحث فى أحكام المسئولية فى النظرية الإسلامية لا تكاد تقع عينه على مصطلح « المسئولية » فى كتابات الفقهاء التقليديين ، فهم يستخدمون مقابل ذلك مصطلح « الضمان » ومشتقاته .

والضمان فى اللغة يعنى الالتزام والتعهد والكفالة ودخول الشيء فى شيء واحاطته به واشتقاقه من « الضمن » وليس من « الضم » لاختلافهما مادة ولغة ، إذ الضم قبض شيء إلى شيء وجمعهما (على الصافى ــ الضمان فى الفقه الإسلامى ، نجف، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٩ ــ ٣٠) .

ولم يرد لفظ الضمان فى القرآن الكريم وإنما تردد فى بعض الاحاديث

الشريفة فجاء فى قسم منها بمعناه اللغوى كقوله ﷺ « من تطلب ولم يعلم منه طب فهو ضامن » وقوله « الخراج بالضمان » (الصافى — المرجع السابق ، ص ٣٣) . وجاء فى قسم آخر بمفهومه الفقهى ومن ذلك قوله ﷺ :

١ — روى النعمان بن بشير أن الرسول قال « من وقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو برجل فهو ضامن » .

٢ — روى أنس ان بعض أزواج النبى أهدى إليها طعاما فى قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت مافيها فقال الرسول : طعام بطعام وأناء باناء .

استند الفقهاء فى التدليل على شرعية الضمان بهذه الأحاديث وبأحاديث اخرى كقوله ﷺ « لا يأخذن احدكم متاع اخيه جادا أو لاعبا وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه . هذا فضلا على أن الضمان وسيلة من وسائل حفظ المال وصيانة الحقوق . ومن المبادىء الإسلامية المستقرة انه لاضرر ولا ضرار .

والفرق بين الضرر والضرار هو أن الضرر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فأكثر . وقيل الضرر هو أن تضر من غير أن تنفع والضرار أن تضر وتنتفع انت به وقيل الضرار الجزاء على الضر فالضر يكون اعتداء والضرار جزاء له . .

ويستعمل اكثر الفقهاء كلمتى « الضمان » و « الكفالة » على انهما كلمتان مترادفتان يراد بهما مايعم ضمان المال وضمان النفس . كما يستعملون لفظ « الضمان » فيما هو من ذلك وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد (أى باعتداء) . غير أن الضمان عند الشيعة الامامية ينصرف إلى ضمان المال فحسب أما الكفالة فهى ضمان النفس عندهم .

وحرى بالذكر أن لفظ « الكفالة » قد ورد فى القرآن الكريم كقوله تعالى « وكفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا » (آل

عمران / ٣٧) . ولعل ورود لفظ « الكفالة » فى الكتاب الكريم بمفهوم يغلب عليه التعهد بالنفس هو الذى زكى عند بعض الفقهاء التفرقة بين الضمان والكفالة واختصاص الكفالة بضمان النفس .

والضمان فى المفهوم الفقهى الأعم هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه سواء أكان مطلوبا أداؤه فى الحال كالدين الحال أم فى الاستقبال كالدين المؤجل إلى وقت معين .

وقد عرف بعض الفقهاء « الضمان » بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه (على الخفيف ــ الضمان فى الفقه الإسلامى ، معهد البحوث العربية ، القاهرة ، ص ٥ ــ ٦) .

والضمان بالمعنى الذى اسلفت أوسع من مدرك المسئولية فى الفقه الوضعى لان الضمان هو شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه فإذا لم يتحقق الشرط فإنه لا يطلب ، ومن ثم فهو أعم من الدين لأن الضمان لايستتبع حتما مطالبة الضامن بما يشغل ذمته وإنما يستتبع المطالبة فقط عندما يتحقق شرط وجوب الاداء . فالمرتهن مثلا يعد ضامناللعين عند الحنفية ولكنه لا يطالب مادام الرهن فى يده ولذا يقولون إن كل مدين ضامن وليس كل ضامن مدينا . كذلك فإن اصطلاح « الضمان » أقرب فى التعبير عن الناحية المالية ــ من اصطلاح « المسئولية » لما يبرز فى لفظة « المسئولية » من معنى الجزاء . ولعل هذا هو الذى دفع فريقا من الفقهاء إلى التفرقة بين ضمان الفعل (الذى يرتب الجزاء) وبين ضمان العقد (الذى يرتب الالتزام) كما اوضح فيما يلى . (الصاف ــ المرجع السابق ، ص ١٤) .

ولابد لكى تقوم المسئولية فى النظرية الإسلامية من أن يكون المسئول قد علم مسبقا بأحكام المسئولية « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » (الاسراء / ١٥) . ويقول الرسول ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى (المجنون) حتى يبرأ ، وعن الصبى حتى يكبر

(يحتلم) » ويبدو أن المقصود بالعلم هنا العلم الجماعى لا العلم الفردى لان الفقه يقر بصيغة تقول «لاعذر لاحد بالجهل فى دار الإسلام » ، ولعل الحكمة التى يقوم عليها هذا المبدأ هى أن الشريعة الإسلامية قد ذاع أمرها وأصبح فى أمكان المرء أن يعلم بأحكامها . بيد أننى ارى أن تطبيق هذا المبدأ على عموميته يحتاج إلى شيء من التحديد لان ماذاع وانتشر هو ش المفاهيم العامة أما تفاصيل الاجتهاد الفقهى فأمر يتطلب علما خاصا لا يتوفر للعامة ولا يسهل أن يتعرفوا عليه ولذا فإنى ارى أن مايقوم به « الضمان » على الرغم من الجهل بالاحكام هو مايتعلق بالاساسيات أما التفاصيل فالضمان لا يتوفر بها إذا كانت قاصرة فى ذهن الضامن لحظة العمل . ومن ثم فإن ترك مأمورا أو اتى فعلاً فيه اتلاف فانه يضمن ولا يقبل منه الدفع بعذر الجهل لان المأمور والاتلاف من الرئيسات فى الاحكام .

كذلك يجب أن يكون اراديا أى أن يصدر العمل عن المسئول باراداته ولذا يستبعد الفقهاء العمل اللا إرادى من مجال المسئولية .

اسباب الضمان :

اختلفت مناحى الفقهاء فى بيان اسباب الضمان ولم يظفر منهم هذا الموضوع ببحث مستقل ولذا تباينت عباراتهم وتعددت مصطلحاتهم عند الكلام على اسباب الضمان فهم يذكرون مثلا الزام الشارع ، والعقد ، والاعتداء ، والاتلاف ، والغصب ، والتفويت ، والتعييب ، والتغيير ، واليد ، والشرط ، والحيلولة بين المال وصاحبه ، والغرور ، والتسبيب .

والحق أن هذه التعبيرات انما تتداخل معانيها وتتشابك مدلولاتها . ولكن نظرة فاحصة فيها تنتهى إلى أن بعضها يصلح ان يكون سببا عاما وبعضها الآخر يصلح أن يكون ضوابط لذلك السبب . ولعل خلاف الفقهاء هنا يرجع أساسا إلى اختلافهم فى فهم الدليل الواحد وكيفية الاستدلال به ، الامر الذى ساعد عليه أن الشارع لم يحدد بعض المفاهيم وانما ترك ذلك للعرف والتطبيق .

وتلك حقيقة يشهد عليها أكثر من دليل فيما يلي من عرض . وأمثل لها الآن بمثل يعين على توضيح ماأقول :

إذا نزح شخص بئرا مملوكة لآخر حتى يبست لا يكون ضامنا عند من يرى أن مالك البئر لا يملك ماءه ويكون ضامنا عند من يرى أن صاحب البئر يملك الماء .

ولذا فإني ارى أن تبسيط العرض وحسن توضيحه يقتضي أن ننتقي من بين الاسباب المتعددة التي وردت على لسان الفقهاء مايصلح حقا أن يكون سببا جوهريا ثم نجمع تحت كل تصور ضوابطه .

أقسام الضمان :

يمكن أن نقسم الضمان ـ من حيث تحققه ـ إلى قسمين رئيسين :

١ ـ ضمان العقد أو الانشاء .

٢ ـ ضمان الفعل .

٣ ـ ويضيف الفقهاء قسما ثالثا هو اليد ، ذلك أن اليد ـ اى الحيازة ـ قد تكون يد أمانة لا توجب على صاحبها الضمان ، وقد تكون يد ضمان توجب الضمان عند تلف المال المحتاز أو نقصه . ويعرف بعض الحنابلة يد الامانة بأنها ماكانت عن ولاية شرعية ولم تكن لصاحبها مصلحة خاصة اما إذا كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد المستعير فإنها تكون يد ضمان (كشاف القناع ، ج ٢ ، ص ٣٣٦) . ويلاحظ على هذا التعريف ان يد الامانة قد تكون احيانا لمصلحة صاحبها كيد البائع بعد أداء الثمن ولذا يفضل البعض تعريف يد الامانة بأنها ماكانت عن ولاية شرعية ولم يدل دليل على ضمان صاحبها وماعداها يد ضمان . ويرى اخرون أن اليد الضامنة هي اليد العادية أو غير المأذونة أو المأذونة من غير ائتمان (الصافي ـ المرجع السابق ، ص ٣٦٨) .

ولما كانت اليد فى نظرى هى من ضوابط الضمان وليست من أسبابه فانى اقتصر فى العرض على ضمانى العقد والفعل .

ويحلو لى هنا أن اضيف أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا فى اسلوبهم فى التعبير عن الضمان عن اسلوب الفقهاء الوضعيين . ذلك أن فقهاء المسلمين يعبرون عن الاخلال بأحكام النظرية الإسلامية باصطلاح « المخالفة » أو مافى معناه ثم يتبعونه بما يصفها من أنها مخالفة قانونية او اخلاقية أو ما إلى ذلك ، أما الوضعيون فيغفلون المسئولية الادبية ويقسمون المسئولية إلى مدنية وادارية وجنائية . بيد أن هذا خلاف فى المبنى وليس خلافا فى الجوهر والمعنى .

الفرق بين ضمان العقد وضمان الفعل :

ضمان العقد مايتوقف وجوده على تحقق عقد (داخلى أو دولى) او انشاء . أما ضمان الفعل فهو مايتوقف على فعل خارجى كغصب مال الغير أو اتلافه .

والفرق بين ضمان العقد وضمان الفعل :

١ — ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله وضمان الفعل مرده المثل أو القيمة (الاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٧٧) .

٢ — يحتاج ضمان العقد فى تحققه إلى انشاء ، أما ضمان الفعل فيقوم على فعل لا على انشاء .

٣ — ضمان العقد قد يكون ذا ثلاثة أركان أو أربعة أركان . فإن كان عقدا أصليا فأركانه ثلاثة هى مضمون ومضمون له وضامن . وان كان عقدا تبعيا فأركانه أربعة هى — إلى جانب الاركان الثلاثة — ركن المضمون عنه كعقد الضمان حيث يضمن الضامن دين غيره .
أما ضمان الفعل فينحصر فى ثلاثى الاركان .

٤ — يقوم ضمان العقد على الرضا والاتفاق الذى تضمنه العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما ولذا يسقط فيه اعتبار التفاوت بين البدلين لانه يرد على العين دون أوصافها .

اما ضمان الفعل فتراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير ولذا تجب فيه مراعاة المساواة فى القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البدلين على الآخر ويجبر فيه من يأبى المساواة فى البدل على قبوله ، فهو يرد على العين وعلى أوصافها .

١ ـــ ضمان العقد (المسئولية العقدية) :

تنقسم العقود ـــ داخلية كانت أم دولية ـــ فى حكم الضمان إلى قسمين :

أ ـــ عقود شرعت لافادة الضمان ، فالضمان حكم لها وأثر كعقد الكفالة .

ب ـــ عقود شرعت لافادة حكم آخر غير الضمان ، ولكن الضمان يترتب عليه أثرالارما لحكمه كعقد البيع ، أو اثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف .

وقد حدد الفقهاء العقود الاصلية التى يترتب عليها الضمان فى البيع والاجارة والنكاح والطلاق بعوض والخلع والصلة والكفالة (والعارية عند الشافعية والحنابلة) . واتفقوا على أن كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب الضمان فى فاسده ، كما أن كل عقد لا يجب الضمان فى صحيحه لا يجب الضمان فى فاسده . ولكنى أرى أن عموم أدلة الضمان بالعقد أو بالشرط كاف فى صحة الاخذ بالضمان حتى فيما لم يسم من عقود . وفى قول آخر فإن الضمان عندى يصح ـــ من حيث المبدأ ـــ فى العقود غير المسماة كما يصح فى العقود المسماة .

ومايضمن ضمان العقد هو مانص عليه فى صلب العقد (الاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٧٧) . فإن كان الضمان متعلقا بمال فإن الذمة تشغل به ، كما فى ضمان الدين . والمال فى الرأى الذى اعتمده هو « مارغب فيه العقلان وتنافسوا عليه » (الصافى ـــ المرجع السابق ، ص ٣٦٩) ، وقد تكون ماليته ذاتية كما فى ذات الطعام ، أو مجعولة كما فى اعتبار الدولة قيمة لنقودها . وينصرف تعبير المال هنا إلى الاعيان والمنافع .

أما إذا كان متعلقا بعمل كما فى التزام الاجير بالعمل وامتنع الملتزم عن الوفاء به فإنه يجبر عليه ولا يرى الفقهاء هنا أن الضمان يعد تعويضا لان الضرر لا يتمثل فى مال كان قائما . فإن ترتب على الامتناع تلف للمال وكان العمل وقاية للمال لزم الضامن التعويض باداء قيمة ماتلف . ولكن الضمان هنا ضمان اتلاف بسبب امتناع الملتزم عما التزم به امتناعا كان فيه متعديا ، وليس ضمان عقد .

ويطيب لى ان انبه إلى أن ضمان العقد فى النظرية الإسلامية يختلف عن المسئولية فى القانون الوضعى ، ذلك ان ضمان العقد هو ضمان مال تالف، بناء على عقد اقتضى الضمان . أما المسئولية العقدية فهى تعويض عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ويكون ذلك بالتنفيذ عينا ان امكن او نقدا ان تعذر التنفيذ العينى . أما النظرية الإسلامية فلا تبيح الزام الممتنع عن التنفيذ بمال على وجه التعويض عما أحدثه من ضرر لا يتمثل فى فقد ماله لان القاعدة الشرعية هى عدم جواز أخذ المال الا تبرعا أو فى مقابلة مال أخذ وأتلف ، والا كان أكلا للمال بالباطل ولم يستثن الفقهاء من ذلك الا الاجارة نظرا للضرورة وماتقتضيه المصلحة العامة .

وهكذا فإن النظرية الإسلامية ترى فى ضمان العقد غير مايراه الفقه الوضعى فى المسئولية العقدية ولا ترتب التعويض على الضرر الادبى .

ولا يفوتنى هنا ان اوضح ان نظريتى فى المعاهدة — كتشريع دولى — تجعلنى لا أقر بتطبيق أحكام ضمان العقد على المعاهدة لان المعاهدة ليست عقدا بالمعنى الفنى للعقد — كما أوضحت من قبل — ومن ثم فإن مخالفة المعاهدة هى مخالفة لاحكام التشريع الدولى وتندرج عندى فى النظرية الإسلامية تحت الزام الشارع .

أما ضمان العقد فى النظرية الإسلامية فيطبق على العقود الدولية التى تبرمها الدول لتحقيق مصالح متقابلة يقف طرفاها كصاحب حق مقابل حامل التزام ،

ومثال ذلك عقد القرض الدولى الذى تبرمه دولتان تقرض احداهما بمقتضاه للآخرى مبلغا من المال مثلا .

٢ ــ ضمان الفعل (المسئولية التقصيرية) :

لضمان الفعل وجهان رئيسان : الزام الشارع بضمان ، والفعل الضار ــ واتناول كلا بكلمة موجزة ذلك اننى اسعى من وراء الكلام عن الضمان إلى بيان الأحكام العامة فحسب أما التفاصيل فإنى أحيل فيها لمن عالجها من الفقهاء باسهاب .

أ ــ الزام الشارع بنص :

اى يكون هناك نص يرتب الضمان وينظم أحكامه مثل ضمان مايجب من النفقات بوجه عام أو ضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء .

فإذا حدد الشارع قدر هذا الضمان ، فإنه يكون صورة من صور الضمان التى تخرج عن دراستنا هنا إذ هو من قبيل العقوبة التى لا تختلف باختلاف من أصابه الضرر ولا باختلاف الاثر المترتب على الضرر . وفلسفة ذلك أن الناس جميعا متساوون فى حق الحياة ومن ثم فان من يعتدى على هذا الحق يكون ضامنا قبل المعتدى عليه ويكون ضمانه واحدا من حيث التقدير ــ أيا كان شخص المعتدى عليه وأيا كانت معقبات الاعتداء على المضرور .

صحيح أن الضمان حكم ولا حكم الا للشارع ومن ثم فإن اسباب الضمان جميعا انما تعود إلى أمر الشارع . غير اننا فى تصنيف الضمان نفرق بين الزام الشارع المباشر الذى ينصب على الملتزم به ابتداء وبين الالتزام الذى يترتب على سبب وعندئذ يضاف الضمان إلى هذا السبب ويكون هو موجبه وان كان مرده فى النهاية إلى الزام الشارع (على الخفيف ــ المرجع السابق ، ص ١٤) .

ب — الفعل الضار :

ويراد به كل فعل حسى يترتب عليه ضرر سواء ترتب بالطريق المباشر أم بطريق التسبيب أى سواء كان الضرر نتيجة مباشرة أم نتيجة غير مباشرة .

ويكون بطريق مباشر إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعمد انسان إلى اناء لغيره فيكسره .

ويكون بطريق التسبيب إذ فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى اليه دون أن يمنع نسبة الضرر اليه ، كما إذا حفر انسان حفرة فى طريق عام سار فيه حيوان فتردى فيها فتلف (الخفيف — المرجع السابق ، ص ٤٠) .

أما إذا نقصت قيمة العين المغصوبة بسبب تغير الاسعار فإن الغاصب لا يضمن النقص إذا رد العين بعد ذلك لان النقص لم يكن نتيجة مباشرة ولا نتيجة بطريق التسبيب للغصب .

والقاعدة أن الشخص يضمن مايترتب على نقله وتركه أو عدم حيطته من ضرر سواء كان الفعل محل المسئولية عمدا أم خطأ والعمد فى أموال الناس سواء ، اى أن الضرر يوجب الضمان سواء كان العمد بشبهة أم بغير شبهة . بيد أنهم يجيزون فى العمد بشبهة نوعين من التفسير المسوغ هما : « التأويل القريب » وهذا يدفع المسئولية ويعذر المسئول ، والآخر هو « التأويل البعيد » وهذا يقيم المسئولية ويدان المسئول . والعمد بالتأويل هو الذى ينصب على قيمة النشاط ومغزاه وليس على موضوعه ولذا فهو ليس خطأ بالمعني الفنى للفظ وانما هو قريب من الخطأ .

وحرى بالذكر ان من الفقهاء من ينتقد هذا المسلك الذى يقيم المسئولية على الضرر فحسب ويأخذ عليه تغاليه فى الاخذ بالمفهوم الموضوعى للمسئولية . ولعل هذه النظرة التى تصبح فيها الذات وحدة حسابية هى الاكثر اتفاقا مع حاجات الجماعة الدولية المعاصرة لاننا لا نحكم فيها على السلوك الدولى تبعا

لضمير الدول وانما تبعا للمعيار الغالب ، اى كما نقول الآن بمعيار « رب الاسرة حسن الادارة » .

واستطيع على هدى مما سلف ان اقول إن عناصر المسئولية هى :

١ ـــ الفعل . ٢ ـــ الضرر . ٣ ـــ علاقة سببية بين الفعل والضرر .

وأتناول كلا من هذه العناصر واحدا بعد الآخر .

أ ـــ الفعل :

يجب فى الفعل المباشر أو غير المباشر الموجب للمسئولية أن يكون :

١ ـــ حسيا فإن كان فعلا نفسيا فلا ضمان بسببه فاذا رأى شخص نارا تحرق مالا لغيره وكان فى قدرته اطفاؤها ولم يفعل فلا ضمان عليه ذلك أن الصلة بين فعل الممتنع والضرر ليست مباشرة ولا هى عن طريق التسبيب لأن التسبيب انما يتحقق إذا نتج التلف عن فعل سابق على الضرر ، والامتناع لم يؤد هنا إلى فعل كان من نتيجته التلف .

إن هذا الشرط يثير خلافا بين الفقهاء بالنسبة للتصرف السلبى اى حيث يتحقق الاتلاف نتيجة ترك فعل لو أنه حدث ماكان هناك اتلاف . فقد قدمت فى المثل السابق ان الفاعل لا يضمن فى حالة الترك . وهذا هو رأى الحنفية لان مناط الضمان هو الاتلاف وذلك انما يتحقق بفعل ما يترتب عليه التلف ولا يكون ذلك الا بفعل وجودى ـــ اى ايجابى ـــ أما العدم فلا يصلح تلفا ولذا لا يترتب عليه الضمان . أما المالكية فيرون ان التارك يضمن اذا كان الترك تركا لواجب شرعى (الفروق للقرافى ، ج ٢ ، ص ٢٠٥ ومابعدها) . وانى استلمح رأى المالكية .

٢ ـــ غير مشروع لان الله سبحانه وتعالى شرع للناس مافيه صلاحهم وقوام أمرهم يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم امرهم والاغلال التى كانت فى اعناقهم .

ولا يلزم أن يكون الفعل المشروع خطأ بل يجوز أن يكون خطأ وألا يكون خطأ . والخطأ هو اخلال بواجب سابق صدر عن تمييز وادراك او هو انحراف عمدى السلوك . واذن فالنظرية الإسلامية تدرج المسئولية الخطأية ضمن الضمان عموما ولا تستلزم فى الفعل غير المشروع أن يكون عن خطأ ، وهى بذلك اكثر واقعية من الفقه الوضعى المعاصر الذى لازالت تغلب عليه فكرة الخطأ كشرط للمسئولية . ذلك أن الخطأ حالة نفسية يصعب تلمسها بالنسبة للدولة كشخص معنوى . ثم ان النظرية الإسلامية تجعل الضرر علة وسببا للتضمين فاذا وجدت العلة وجد المعلول والالزام فى ذلك انما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف . ولذا لزم الضمان من لا ادراك له وشغلت ذمته به فى ماله دون أن تشغل ذمته بالاداء (على الخفيف ـــ المرجع السابق ، ص ٦٨) .

وخطاب الوضع يكاد يماثل المسئولية الخطأية فى النظرية الموضوعية اما خطاب التكليف فهو أقرب مايكون إلى المسئولية الخطأية .

كذلك يترتب على ماسلفت ان من يمارس حقا لا يسأل عن الضرر الذى ينجم عن ذلك . بيد أن القول يختلف اذا اساء المرء استخدام حقه او تعسف فى استعماله . ذلك ان الشارع حدد لكل حق حدودا تتوقف على مراعاتها شرعيته وجعل ما خالف ذلك امرا محظورا تلزم الفاعل تبعاته .

ويكون صاحب الحق متعسفا او مسيئا فى استعمال حقه فى الحالات التالية :

١ ـــ إذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير .

٢ ـــ إذا كانت المصلحة التى يبتغيها تتعارض مع مصلحة عامة أو خاصة تفوقها اهمية أو لا تتناسب مع مايصيب غيره من ضرر عظيم بسببها ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع لان الفقهاء على اتفاق فى ان الضرر إذا كان نادر الوقوع او تافها فانه لا يرتب تقييد صاحب الحق فى استعمال حقه ويبقى الحق على اصله .

٣ ــ إذا كانت المصلحة التى يبتغيها تؤدى إلى الاضرار بغيره ضررا فاحشا وكان فى استطاعته تحقيق مصلحة على نحو يتفادى ذلك الضرر .

٤ ــ إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال بينا ومحتمل الوقوع وليس بالأمر النادر وذلك أخذا بالأحوط وبسد الذرائع لان توقى المضرة يقدم على جلب المنفعة (كما ذهب احمد ومالك على خلاف ابى حنيفة والشافعى) لان الضرر الذى يغلب على الظن وقوعه يعتبر فى حكم المحقق وقوعه بناء على اعتبار غلبة الظن فى الاحكام الشرعية اما إذا كان متوقعا ولكنه ليس بالامر النادر فان ابا حنيفة والشافعى ــ كما قلت ــ يقدمان مصلحة صاحب الحق لان حقه ثابت بيقين فلا يدفع الا بيقين مثله او ما غلب فيه الظن .

٥ ــ إذا كان صاحب الحق على علم بترتب الضرر الفاحش ولكنه استعمل حقه ترفها وكان لا يلحقه ضرر لو أنه تركه ، أما إذا كان صاحب الحق على غير علم فيجوز له استعمال حقه .

والقول باستبعاد الضرر الناجم عن تصرف مشروع ــ دون تعسف او اساءة فى استعمال الحق ــ من بين موجبات الضمان يعنى أن النظرية الإسلامية لا تقر بنظرية المخاطر فى المسئولية وهى النظرية التى بدأ الفقه الوضعى المعاصر يتجه اليها بمناسبة اتساع مجالات النشاط الكونى والذرى لترتيب مسئولية تلك الدول اصحاب النشاط عما يقع من ضرر للغير بغض النظر عما اذا كان النشاط ممارسة لحق أم ليس ممارسة لحق . وتلك مقارنة لا تقف ضد النظرية الإسلامية لان نظرية المخاطر ــ كما اسلفت ــ لازالت غامضة العلامات ولمّا تستقر على نحو نستطيع معه مناقشتها . ثم ان مايحدث من الضرر نتيجة استخدام حق أو التعسف فيه ــ سواء حدث مباشرة ام نسبيا ــ لا يجب فيه الضمان على صاحب الحق الا اذا توفرت فيه شرط الضمان على نحو ماعرضه فى هذا المبحث .

٣ ــ إذا كان صادرا عمن له ذمة مالية لأن الذمة هى مستقر الضمان . ولذا فإن

الا ـ ل فى فعل الحيوان وما ينشأ عنه ان يكون جبارا . يقول الرسول ﷺ « العجماء جرحها جبار » . والمعنى أن يكون هدرا لا يستتبع مساءلة لان الحيوان لا ذمة له ولا ادراك .

ولذا فان الفعل الضار لا يخرج عن السببية إذا كان فاعله قد خالف بسبب عارض خارج عنه كفقد اهلية التكليف لان سببيته ترتبط بذاته وآثاره لا بقصد فاعله وادراكه، والأمر فى اقتضاء الفاعل التضمين مبنى على المعارضة حتى لا يظلم أحد فى ماله . ولذا فإن القاعدة الاصولية تقرر أن الخطأ والعمد فى الاموال سواء . والمقصود بالخطأ هنا وقوع الشيء على خلاف ارادة فاعله .

ب ــ الضرر : الضرر الذى يوجب الضمان ــ فى المفهوم الذى يستهمنا هنا ــ هو الضرر المالى ويقصد بالضرر المالى كل اذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة فى مالية أمواله سواء كان نقصا فى المال ذاته أم نقصا فى منافعه ، وهكذا فإن النظرية التقليدية لا تقر الضرر المعنوى أو الادبى .

ومادام ان الضرر الذى يفضى إلى التعويض هو الضرر المالى ، فإن الضرر يجب أن يكون قد تحقق فعلا والا فلا يعتبر لان المسبب لا يتقدم سببه والا لم يكن سببا له . ومن ثم فان الرجل الذى يذبح شاة لا ترجى حياتها لا يضمن قيمتها سواء كان هو راعيها أم اجنبيا عنها لانه بعمله هذا أفاد مالكها ولم يضره (القواعد لابن رجب ، ص ٢٢٢) .

ولا يكون الضرر المالى موجبا للتعويض الا فى مال متقوم مملوك للمضرور فمن يذبح خنزيرا لمسلم لا يضمن لأن الخنزير ليس بمال متقوم . ويختلف الفقهاء حول ضمان الفاعل إذا كان الخنزير لغير المسلم فمنهم من أقر الضمان ومنهم من ذهب إلى أنه لا ضمان فى شيء من ذلك . واذن فالضرر المالى لا يوجب ضمانا الا اذا تمثل فى مال مملوك متقوم فان كان المال غير مملوك أو غير متقوم فلا ضمان .

ولكن ما القول لو أن شخصا أنقذ مالا للغير من الهلاك أو الغصب ؟

جاء فى مختصر الفتاوى « إذا غرق مركب فى البر وكان فيه زيت فطفا على سطح الماء فجمعه شخص فهو لصاحبه وله على صاحبه أجرة جمعه على أصح القولين ، وقال الحسن البصرى هو لمن جمعه وأخذه » (ج ٤ ، ص ٤١٦) .

وفى المغنى ان لمنقذ المتاع أجر مثله (ج ٦ ، ص ٣٧٢) .

واذا نحن طوعنا الاراء الفقهية التقليدية للمفاهيم الدولية نقول إن الدولة التى تنقذ مالا لدولة يكون قد أشرف على الهلك والضياع وتنفق مالا فى سبيل ذلك أو تقوم بعمل أو جهد لا تستحق عن ذلك أجرا أو عوضا الا اذا كانت الاعراف الدولية تقضى بذلك والا اعتبر عملها تبرعا بلا اجر . ومن ثم فإن الدول التى تقدم المعونة لغيرها فى حالة النكبات الطبيعية لا تستحق تعويضا عن ذلك لان العرف الدولى يعتبر هذا العمل من قبيل التبرع .

ويميل الفقهاء المسلمون المتأخرون الى استحسان رجوع الدولة بما بذلته من مال اذا أوضحت منذ البداية انها تعتزم الرجوع بما انفقت والا لم يكن لها ان ترجع ، ولا أرى غضاضة فى متابعة هذا الاتجاه .

وإذا كان الشرط فى الضرر ان يصيب مالا فإن الضرر الذى يصيب جسم الإنسان لا يستوجب تعويضا كما اسلفت لان الشارع قدره او ترك امر تقديره لحكومة العدل ــ اى لذوى الخبرة والنظر ومن ثم فهو على الاغلب عقوبة وليس تعويضا .

كذلك لا تعويض فى الضرر الادبى اى الضرر الذى يتسبب عن اذى يصيب الإنسان فى شرفه وعرضه وكرامته ولا عن الضرر المعنوى الذى يتمثل فى تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها ، كما فى امتناع المستعير عن تسليم العارية الى المستعير . وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على أن التعويض جبر لما أصاب صاحب المال من ضرر ، وذلك باحلال مال مكافىء محل مال فاقد بغية اعادة الحال إلى ما كانت عليه ، الأمر الذى لا يتحقق فى اى من الضرر الادبى أو المعنوى لان اعطاء المال فى هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله ، فاذا

انطبق على الاضرار قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » اقتضاء لمصلحة المجتمع والناس فإن التعزيز يكون فيه واجبا بما يراه الحاكم وقاية وزجرا ، ولكن هذا — كما أوضحت آنفا — لا يدخل ضمن مفهوم التعويض الذى نناقشه هنا .

أما بالنسبة لمنافع المال فقد اختلف الفقهاء حول التضمين فيها :

١ — اذ ذهب الحنفية إلى عدم التضمين فى المنافع لانها ليست بمال عندهم واستثنوا من ذلك الاجارة لان تقويمها فى عقد الاجارة اثر ونتيجة للعقد الوارد على مصدرها واعتباره حالا منها فيه فقدمت تبعا لتقديم أصلها .

وقد استثنى متأخروا الحنفية من عدم ضمان المنافع ثلاث مسائل قبلوا فيها الضمان وأوجبوا على المعتدى فيها أجر المثل وهى : منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعد للاستغلال من الاعيان . وعندى اننا نستطيع أن نطوع الاحكام الخاصة بمصالح اليتيم على أقاليم الوصاية فى القانون الدولى .

أما الزوائد المالية للعين فما كان منها متصلا بالعين فيعتبر جزءا من العين ويأخذ حكمها ، وما كان منفصلا كالثمرة فلا تضمن الا بالتعدى .

٢ — وخالف الشافعية والحنابلة فقالوا بوجوب التضمين فيها لانها فى رأيهم مال متقوم يتحقق فيه التعدى ، كما تضمن جميع الزوائد متصلة أو منفصلة .

٣ — وقال المالكية إن الغاصب يضمن المنفعة على تفصيل أحيل فيه إلى مراجعه ، اما المتعدى فيكون ضامنا للمنافع على الاطلاق :

والغاصب هو الذى يقصد إلى غصب العين ذاتها اما المعتدى فهو الذى يقصد إلى غصب منافع العين .

ج — علاقة السببية :

يجب ان يكون الفعل الحسى متصلا بمحل الضرر فإن لم يكن متصلا به فلا ضمان لان القاعدة فى النظرية الإسلامية هى عدم مساءلة الإنسان عن

ضرر لا يد له فى احداثه . وعلاقة السببية كما قدمت قد تكون مباشرة إذا كان الضرر قد ترتب على الفعل مباشرة . وقد تكون غير مباشرة إذا فصل بين الفعل الاول وبين حدوث الضرر فعل آخر .

فإذا كانت علاقة السببية مباشرة فإن أى فعل لا يكون ممارسة مشروعة لحق يمكن أن يكون موجبا للضمان . أما إذا كانت علاقة السببية غير مباشرة فإن الفعل يجب أن يكون غير مشروع كى يوجب الضمان ، فإذا كان المتسبب غير معتد فلا ضمان عليه . فإذا حفر انسان بئرا فى ملكه فوقعت فيه دابة انسان آخر فهلكت او اسقطها شخص آخر فتلفت فلا ضمان على حافر البئر لعدم التعدى فى حفر البئر على عكس الحال لو أنه حفرها فى ملك غيره . ومبرر التفرقة بين المباشر والمتسبب يقوم على مدى وضوح علاقة السببية بين الفعل والضرر . فعلاقة السببية فى الضرر بطريق المباشرة تبدو جلية واضحة دون حاجة للنظر إلى فاعل الضرر وقصده . أما فى المتسبب فإن العلاقة لا تبدو بالوضوح ذاته. وانما يعميها فعل فاصل يتوسط بين الفعل الموجب للضمان وبين الضرر . ومن هنا كانت الحاجة إلى اشتراط ان يكون الفعل الاول محظورا حتى يكون التضمين من موجبات حظره وتبعاته دفعا للضرر .

وذكر الحنابلة : ان الضرر إذا كان مباشرا وجدت فور الفعل المباشر اضيف اليه وضمن محدثه ، ولكن اذا فصل بينه وبين الفعل الاول المسبب له فعل آخر كان الضرر مباشرا له — فإن كان حدوث ذلك الفعل امرا محققا لازما لحدوث الفعل الاول لم يمنع من نسبة الضرر إلى الفعل الاول لزم صاحبه الضمان والا فإن كان حدوثه غير محقق ولكنه يمنع من الاضافة عرفا لم يضمن محدث الفعل الاول وضمن الثانى وان لم يمنع من الإضافة كان الضمان على محدث الفعل الاول . وقد تدق التفرقة بين صورتى العلاقة المباشرة وغير المباشرة فتختلف تبعا لذلك الفتوى . والمثل يوضح ما أقول . لو ان شخصا فتح باب قفص فطار منه الطير وضاع ، أيضمن أم لا يضمن ؟ .

يرى الحنفية ان علاقة السببية بصورتيها المباشرة وغير المباشرة لم تتحقق لان ضياع الطير كله كان نتيجة لخروجه من القفص وأن طيرانه حدث منه

باختياره . أما محمد والمالكية فهو أن يضمن لأن الفتح وقع اتلافا للطير بطريق التسبيب فى خروجه وطيرانه المؤديين إلى ضياعه ، ولم يكن ماحدث من الطير مانعا من نسبة التلف إلى الفتح وهو متعمد فيه والمحدث له كالمباشر للتلف لان الطيران طبع للطير عادة ، فإذا وجد مخرجا بعد الحبس طار . وقول الحنفية قول مستغرب لان منطقه بادى الخزال .

ولما كانت علاقة السببية شرطا لازما للتضمين فإن الإنسان لا يسأل — طبقا للنظرية الوضعية — عمن هم خاضعون لرقابته او من هم تبع له . اى ان النظرية الإسلامية تمج النظرية الوضعية الخاصة بتحمل التبعة فتلزم المتبوع بضمان الضرر الذى يحدثه تابعه . ومنطق النظرية الإسلامية يقوم على فهم لقاعدة « الغرم بالغنم » يختلف عن الفهم الذى تأثرت به النظرية الوضعية . ان الغرم بالغنم — فى النظرية الوضعية — يعنى ان المالك ليس له من ثمرات ماله كل ما أثمره وانما له مايبقى فقط بعد أن ينتقص منها مايجبر الضرر الذى يلحق غيره بسبب عمله . أما النظرية الإسلامية — فى الرأى الذى اعتمده — فترى أن غنم الإنسان من ماله لا يستتبع غرامته الا اذا أصاب ماله بالضرر فهو انما يتحمل الضرر الذى أصاب ماله — غرما بغنم — لا ماأصاب مال غيره من جراء ضرر لا يد له فيه . ان المنطق الغربى يعد فى المفهوم الإسلامى أكلا للمال بالباطل ولا أساس له من العدالة فقد قال تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » (المدثر / ٣٨) .

ومن ثم فإن صاحب الحيوان لا يسأل عما يحدثه الحيوان من ضرر الا اذا كان ذلك قد حدث نتيجة تعد أو تقصير . وقد روى أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا فأفسدت فيه فقضى الرسول ﷺ بأن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، أما ماتفسده المواشى ليلا فضامن على اصحابها . وتفسير ذلك أن على أرباب المواشى حبسها ليلا فى الحظائر فإن هى انفلتت كان ذلك تقصيرا . والمسئول عن جناية الحيوان هو ذو اليد على الحيوان المتسبب فى الاتلاف مالكا كان أم صاحب اليد أم مستعيرا أم مستاجرا أم غاصبا .

والحق أن الفقهاء يختلفون فى كثير من الاحكام المتعلقة بالمسئولية التبعية لا سيما فى شأن آثار فعل الحيوان وذلك كما ألمحت آنفا يرجع إلى اختلاف نظرتهم فى تقدير الامور ، ولكنها تتجمع كلها حول مبدأ أن مسئولية صاحب الحيوان عما يتلفه الحيوان لا تقوم الا إذا قصر فى حفظه . ومن نقاط الخلاف فرض ما إذا اتلفت الدابة برجلها وصاحبها راكب عليها . قال مالك لا ضمان إذا لم يكن من جهة راكبها ماأدى الى الضرر ، وقال الشافعى يضمن سواء أكان بسبب من راكبها أو سائقها أم لم يكن ، ورأى ابو حنيفة تفصيلا لا أرى هنا داعيا لذكره .

ومن ثم فإن الدولة لا تسأل عن الاضرار التى يتسبب فيهامواطنوها الا اذا كانت قد قصرت فى رقابتهم تقصيرا وفر لهم ظروف اتيان الفعل الضار .

وأود هنا أن انبه إلى أن الحكم فى الحيوان وما ينشأ عنه يختلف عن حكم مايملكه الإنسان من آلات فالآلة ليس لها من حركة الا بتحريك صاحبها ، ولذا فإن مايحدث منها من ضرر هو من قبيل الضرر المباشر . والمباشرة كما اسلفت لا يشترط فيها التعدى .

فذلكة :

فالقاعدة اذن ان من أحدث التلف ضامن الا اذا منع من اضافة التلف اليه ترتب التلف مباشرة على فعل أحدثه شخص آخر ففصل بين الضرر وبين الفعل الأول وانقطعت به نسبة الضرر إلى الفعل الاول . ولذا يضاف التلف إلى الفعل الاول ويضمن به فاعله لو أن الفعل الثانى كان من فعل الطبيعة أو بأمر سماوى أو ممن أكره عليه اكراها ملجئا اعدم اختياره لان مثل هذه الفروض لا تقطع اضافة التلف إلى الفعل الاول .

وجملة القول فى الضمان أن الفعل الذى يؤدى إلى ضرر ـ سواء أكان مشروعا أم محظورا ـ يفرض الضمان على فاعله إذا كانت علاقة السببية مباشرة بين الفعل والضرر .

أما إذا كانت علاقة السببية غير مباشرة فإن الفعل لا يوجب الضمان الا اذا كان غير مشروع .

فاذا اجتمع المباشر للضرر والمتسبب فيه تعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب . بيد أن الحنفية يقيدون هذه القاعدة بأن الضمان يترتب على الاثنين معا ــ المباشر والمتسبب ــ كما فى راكب الدابة وسائقها إذا اتلفت مالا فى سيرها فإن الضمان يكون عليهما معا وان كان الراكب مباشرا للاتلاف والسائق متسببا فيه (الزيلعى ــ ج ٦ ، ص ١٥٠) . وفى الامر تفصيل ، كما ان هناك تفصيلا كذلك فى حكم الضمان إذا تعدد الفاعلون ، وأحيل فى هذا إلى مراجعه .

ان ماقدمته فى الضمان ينتهى إلى أن النظرية الإسلامية تأخذ فى الضمان بمسئولية موضوعية تكتفى برابطة بين الفعل والضرر ولكنها أوسع رحابا من نظرية المدرسة الايطالية الموضوعية فهى لا تقتصر على الفعل غير المشروع بل تقبل ان يكون الفعل الموجب للضمان مشروعا مادام انه ليس ممارسة لحق دون تجاوز حدود ذلك الحق . والنظرية الإسلامية بهذه الرحابة تتلافى النقد الذى وجه للنظرية الموضوعية وتفتح بابا لتضمين الدول فى كثير من نشاطها الكونى والذرى دون ان تنزلق فى الاطلاقية التى تتورط فيها نظرية المخاطر التى تسأل حتى صاحب الحق الحريص فى ممارسة حقه . وفى تقديرى ان الضمان على نحو ماأوضحت يمكن ان يسهم فى حل معميات أحكام المسئولية الدولية بصورة تصلح لان تكون محل اجماع أو تلقى على الاقل تأييد جمهور الفقهاء .

استطراد :

وجدير بالذكر فى النهاية ان اشير إلى انه إذا ترتب على الفعل تلف المال جميعه أو ذهاب منافعه أو معظمها أو أهم مايطلب لاجله منها ألزم من أحدثه بمثله ان كان مثليا وبقيمته ان كان قيميا ، وفى حكم ذلك تغييب العين . واذا ترتب عليه تلف بعض المال أو ذهاب منافعه مع بقاء بعضها مما يطلب منه عادة ، أو تعييبه تعييبا جزئيا ألزم من أحدثه بقيمة ماتلف او نقص او تعيب

منه . وذلك عبارة عن الفرق بين قيمة المال قبل حدوث الضرر وقيمته بعد حدوث الضرر — ولكن ما القول في حالة الإكراه على اتلاف مال الغير ؟ .

اختلفت الآراء فقالت زمرة بأن الضمان يجب على المكره وقالت زمرة اخرى بأن الضمان على المستكره وذهب فريق ثالث إلى أن الضمان عليهما معا .

واذن فالتضمين الواجب بالفعل الضار قد يكون بقيمة المال محل الضرر جميعها وقد يكون بمثله ، وقد يكون ببعض القيمة ، وهو في المثلى بمثله وفى القيمى بالقيمة .

هل يجوز لصاحب الحق ان يقتضى حقه بنفسه ؟ يبحث الفقه التقليدى هذه الفرضية تحت عنوان « الظفر بالحق » ويتلخص الرأى فيما يلى :

١ — لا يعاقب صاحب الدين الذى سرق من مدينه ماله أو ما فى جنسه — إذا كان الدين حال الوفاء — كسارق لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

٢ — أجاز الشافعية لصاحب الحق أن يصل اليه بأى طريق واباح الحنفية إذا كان الدين نقدا .

ولعل الأدق أن نقول إن اخذ المال من المماطل يباح للضرورة (الزحيلى — نظرية الضرورة ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ — ١٨٩) .

ولما كان الخرق لابد أن يكون اراديا فإن الضرورة قد تكون عذرا ولكنها لا تعفى من الضمان أو المسئولية ذلك أن الضرورة تطبيق من تطبيقات مبدأ القسطاس لانها تتغيا رفع الحرج ودفع الضرر وتحقيق العدل .

وقد اختلف الفقهاء فى امور مثل الجائحة وهل تقتصر على ماكان من السماء أم انها تشمل كذلك أفعال الآدميين التى لا يمكن التحرز منها أم هى أوسع من ذلك فتنطوى على كل صنع لاجنبى .

وقد استدل المؤيدون للجوائح بقول الرسول « من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا علام أحدكم يأخذ من مال أخيه » .

ويرى المالكيه والحنابلة ان ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وان كان المشترى هو الذى يتصرف فيه فعلا ، غير ان الشافعى لم يثبت لديه ان الرسول أمر بوضع الجوائح .

واستدل القائلون بتضمين المشترى بروايات منها أن رجلا أصيب على عهد رسول الله فى ثمار ابتاعها وكسر فيها فقال الرسول تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال الرسول لدائنيه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك .

ويفرق البعض بين دفع الصائل (المعتدى) وبين الضرورة الملجئة فيقولون إن الضرورة الملجئة لا تعفى من الضمان ولكن تعفى من العقاب ثم ان مخالف أحكام الضرورة آثم بخلاف الممتنع عن دفع الصائل (عند القائلين بأنه حق لا أمر واجب) .

كذلك اختلف الفقهاء فى ضمان الشيء المستهلك حال الضرورة فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن المضطر يضمن بدل ما أكله من طعام لغيره بقيمته فى المتقوم وبمثله فى المثلى سواء قدر على البدل فى الحال أم كان عاجزا لان الاضطرار لا يبطل حق الغير .

وقال المالكية بأنه يضمن وقيل عندهم ايضا لا يضمن . وقال الدسوقى إذا كان الثمن متوفرا لدى المضطر وقت الاكل دفع القيمة وان كان بعد وقت الاكل لا يضمن (الزحيلى — المرجع السابق ، ص ٢٩٩ — ٣٠٠) .

وقول الدسوقى فيما أرى يصلح ان يكون هو القاعدة العامة التى تطبق على ضمان المضطر .

وبدهى ان المسئولية يترتب عليها التزام بالاصلاح اى اعادة الحال قدر الامكان إلى ماكان عليه لو أن الفعل الضار لم يقع ، ذلك أن القصد من الاصلاح تأمين التوازن القانونى الذى اختل بسبب اتيان الفعل غير المشروع ولذا فالاصل ان يكون الاصلاح عينا فإن تعذر اصبح نقدا .

خاتمة : مقارنة خاطفة :

تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية الموضوعية من حيث أن تصور النظرية الإسلامية للضمان تصور أشمل وأعم لأن فكرة الضمان الإسلامية تجمع مابين التصورات الثلاث الاساسية وهى المسئولية الخطأية والمسئولية الموضوعية والفعل غير المشروع بينما نجد أن الفكر الموضوعى يعالج كلا من تلك النظريات على حدة ولكل منها أنصارها ومحبذوها ، ولعل نظرية المسئولية الخطأية التى كان جروسيوس أول من أدخل مفهومها فى القانون الدولى المعاصر هى التى لازالت صاحبة قصب السبق من بين قريناتها . كذلك تختلف النظريتان فى شأن تقبل كل منهما لمدرك المخاطر بمفهوم المسئولية المطلقة حيث نشهد ان ذلك المدرك لا يجد مجالا له فى النظرية الإسلامية بينما نرى له تطبيقات — وان كانت محدودة — فى النظرية الغربية .

المبحث الثانى
فى
الاستخلاف الدولى

تعريف وتحديد : النظرية المعاصرة :—

يتكلم الفقهاء عن الاستخلاف بمفهومين : (١) الاستخلاف بين الحكومات . (٢) الاستخلاف بين الدول .

بيد أن الاستخلاف بين الحكومات هو فى عقيدتى ظاهرة دستورية ولذا فإن مناقشتى هنا تقتصر على الاستخلاف الذى يجرى بين الدول . وتكشف دراسة الاستخلاف الدولى بهذا المعنى عن عدة تصورات فقهية ، بيد أنها تجتمع كلها عند وصف مشترك ، هو أن الدولة السلف تكف عن ممارسة اختصاصات داخل إقليم بعينه وتحل دولة أخرى — هى الخلف — محلها . وينجم عن هذه الحقيقة أن تتعرض العلاقات الداخلية والخارجية للإقليم لتغيرات تمس البناء الاقتصادى والاجتماعى والسياسى والقانونى ، وهنا يأتى دور أحكام الاستخلاف الدولى لمعالجة آثار هذا التطور .

ونظرا لتعدد التصورات الفقهية حول الاستخلاف الدولى فقد يتعذر تصنيفها . ولكنى أحاول عرضها فى صورة بسيطة فأقول إن هذه التصورات يمكن أن تجتمع عند اتجاهين رئيسين :ـــ

أ ـــ اتجاه متأثر بالأفكار الرومانية ولذا فهو يتغالى فى نظرته إلى الاستخلاف إذ يرى انه انتقال للسيادة فيما بين الدولة السلف والدولة الخلف ــ ولما كان هذا الانتقال يعنى أن الدولة الخلف هى وارث لشخصية الدولة السلف فإنها تخلفها أيضا فى العلاقات القانونية المتعلقة بالإقليم محل الاستخلاف . وفى قول آخر فإن مجموع الحقوق والالتزامات ينتقل تلقائيا بين السيادة السلف إلى السيادة الخلف كاملا بلا استثناء ولا تغيير .

ب ـــ واتجاه يبنى الاستخلاف الدولى على الإرادة ولذا فإن الدولة الخلف حرة فى أن تستبقى من حقوق والترامات السيادة السلف ماتريد وأن ترفض منها ماتشاء ، وليس من قاعدة عامة تفرض على الدولة الخلف أن تتقيد بالآثار القانونية لتصرفات السيادة السلف .

والحق أن لكل من الاتجاهين مزاياه ومثالبه ولذا فإنه يصعب علينا أن نعثر على نظرية صادقة تعكس مايجرى عليه العمل الدولى ، ولذلك قد تكون النظرة الأسلم هى محاولة تحليل الأحكام الخاصة بكل مجموعة من الأحداث القانونية على حدة .

وحرى بالذكر أن هناك معاهدة فى شأن الاستخلاف أبرمت سنة ١٩٧٨ . وقد استثنت المعاهدة من تطبيق أحكامها الوفاقات المتعلقة بالحدود ، والتى تنشىء حقوقا والترامات ذات صلة بنظام الحدود ، والوفاقات الإقليمية التى تنشىء حقوقا عينية يحتج بها على الجميع أو التى تحوى قيودا على استخدام الإقليم لصالح جماعة الدول . ويبدو أن المعاهدة حاولت أن تقنن الاتجاهات الغالبة فى العمل الدولى بالنسبة لكل مجموعة من الأحداث القانونية التى تعالجها .

الاستخلاف الدولى فى النظرية الإسلامية :

ليس مصطلح « الاستخلاف » بغريب على النظرية الإسلامية فقد ورد فى القرآن قوله عز وجل « وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم فى الأرض كما استخلف الذين من قبلهم » (النور / ٥٥) :

بيد أن هذا الاستخلاف ليس بواقعة إرادية — كما هو صريح نص الآية — وإنما هو استخلاف بقدرة إلهية لأن الأرض جميعا ملك لله وهى قبضته ، وإذن فهذه الصورة من الاستخلاف تخرج عن صور الاستخلاف التى اعالجها هنا .

والقول عندى إن أحكام الاستخلاف بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر تختلف عن أحكام الاستخلاف بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية .

أما فيما يتعلق بالاستخلاف بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر فهو فيما أرى أقرب إلى الاستمرار منه إلى الاستخلاف لأن الاستخلاف فى معناه التقليدى هو واقعة قانونية مسقطة عن السلف ومنشئة بالنسبة للخلف . أما فيما بين الدول الإسلامية بعضها والبعض الآخر فهو — استنادا إلى مايربطها من حلف الايلاء وأخوة الإسلام — تصرف لا ينشىء الحق للدولة السلف وإنما ينقله إليها . أما سند الحق المنقول فهو سبب من أسباب كسب الملكية . ولذا فإن الحق الذى ينتقل إلى الدولة الإسلامية الخلف هو الحق فى ممارسة الحقوق التى كانت تمارسها الدولة الإسلامية السلف وليست الحقوق فى ذاتها لأن تلك الحقوق فى ذاتها قائمة من قبل وسند قيامها هو السند الذى منحها ابتداء للدولة السلف . وإذن فنحن هنا فى الحقيقة أمام حوالة للحقوق والالتزامات وليس استخلافا بالمعنى الفنى الدقيق للاستخلاف .

فلا عجب إذن أن نجد الفقهاء يفتون الدولة العباسية بأنها ملزمة حيال أهل الكتاب بالعهود التى سبق أن اعطاها لهم الرسول ﷺ أو الخلفاء الراشدون .

إن التزام الدولة العباسية بتلك العهود يعنى أنها استخلفت فيها استخلافا الزاميا . وفى قول آخر فإن حقوق والتزامات العهود ظلت باقية واستمر نفاذها من دولة اسلامية إلى دولة اسلامية أخرى حتى انتقلت إلى الدولة العباسية . وهذا حكم استنبطه كذلك من بعض عبارات جاءت فى عهود الرسول ﷺ، كعبارة « جوار الله وذمة محمد أبدا » التى وردت فى عهده لأهل نجران فهو ﷺ بتأييد جوار الله وذمته قد فرض استخلافا فى ذلك على من يليه من دول إسلامية .

أما فيما بين الدولة الإسلامية والدولة غير الإسلامية فأرى أن نفرق بين أمرين :ـــ

أ ـ العهود والأعراف التى تحقق صالحا عاما يتفق مع أهداف الإسلام وغايته وهذه تخلف فيها الدولة الإسلامية الخلف الدولة غير الإسلامية السلف . ومثل ذلك حلف الفضول الذى قال فيه الرسول ﷺ إنه لو دعى به لأجاب . ويحكى التاريخ أن الوليد كان أميرا على المدينة لعمه معاوية وكان بينه وبين الحسن بن على نزاع ولكن الوليد تحامل على الحسين فأقسم الحسين إن لم ينصفه الوليد ليأخذن سيفه ويجلس فى مسجد رسول الله ثم ليدعون بحلف الفضول . وقد أمّن الصحابة على هذا فقال عبد الله بن زيد وأنا أحلف لو دعا به لأجبته حتى ينصف من حقه وبلغ الأمر صحابة آخرين مثل عبد الرحمن بن عبد الله التيمى فقال مثل ذلك ، فلما بلغ الوليد ذلك لم ينكر الدعوة وأنصف الحسين من نفسه حتى رضى . كل ذلك مصداق لقوله تعالى « وأن هذه امتكم أمة واحدة وأنا ربكم فأعبدون » (المؤمنون / ٥٢) .

أما إذا كانت العهود والأعراف تضر بالصالح العام ولا تتسق مع مبادىء النظرية الإسلامية فإن القاعدة التى أرى أنها تنطبق هى فى قوله عز وجل « تلك أمة قد خلت لها ماكسبت ولكم ماكسبتم » (البقرة / ١٣٤) فالآية صريحة فى أن ماكسبت الأمة التى خلت ـــ أى السلف ـــ لا ينتقل إلى الأمة القائمة ـــ أى الخلف فلكل من الأمتين ـــ السلف والخلف ـــ ماكسبت وحدها دون مساءلة الأخرى عنه .

وإذن فالنظرية الإسلامية لا تترك أحكام الاستخلاف لإرادة الدولة الإسلامية وإنما تفرض الاستخلاف عليها فرضا فى حالتين :ـــ

أ ـــ أن يكون الاستخلاف بين دولتين إسلاميتين ، وهذا يمكن أن يعادله فى علاقات الغرب الاستخلاف بين الدول ذوات القومية الواحدة أو العقيدة المشتركة ، إذا كانت الدول تتخذ من تلك العقيدة شعارا رسميا لها .

ب ـــ أن يكون الاستخلاف بين دولة إسلامية واخرى غير إسلامية فى أمور تحقق صالحا عاما وتساير مبادىء النظرية الإسلامية . كذلك تحرم النظرية الإسلامية على الدولة الإسلامية أن تقبل استخلافا عن دولة أخرى فى امور تناقض الصالح العام وتخالف مبادىء الإسلام .

ولذا استطيع أن أقرر أن اتجاه النظرية الإسلامية فى الاستخلاف يقارب من ناحية المفاهيم الرومانية حيث الانتقال إلزامى ولكن يخالفها فى شأن الاستخلاف فيما هو ضار بالمصلحة العامة ومخالف لمبادىءالإسلام حيث الانتقال محرم . وفى قول آخر فإن النظرية الإسلامية تمنع على الدولة الإسلامية ـــ وهذاحكم تستطيع الدولة غير الإسلامية أن ترسمه ـــ تمنع إلزامها بتصرفات السلف التى تستقيم مع نظامها العام ومصالحها القومية العليا . وهكذا نجد أن أحكام الاستخلاف التى تاه الفقه المعاصر فى دروبها تستقر فى وضوح وإيجاز فى النظرية الإسلامية ، وقد جاءت فى بساطة بأحكام يمكن أن يستهديها الفقه والعمل الدولى الغربى .



الباب الثالث

فى
الأموال الدولية

الفصل الأول : فى الأنهار الدولية
الفصل الثانى : فى البحار الدولية
الفصل الثالث : فى الفضاء

«لتستووا على ظهوره ثم تذكروا نعمة ربكم إذا استويتم عليه وتقولوا سبحان الذى سخر لنا هذا وماكنا له مقرنين » .

صدق الله العظيم

(الزخرف / ١٣)

الفصل الأول
في
الأنهار الدولية

تمهيد وتحديد :

يقول القلقشندى إن المياه الأرضية ضربان : ضرب عذب وضرب ملح ، ووقع فى لغة الشافعى الماء المالح . والماء العذب على ثلاثة أنماط :
النمط الأول : ماء الأنهار وهى مابين صغار وكبار وقريبة المدى وبعيدته ، وقد أفاد القلقشندى بأن أفضل الأنهار خمسة هى : سيمون وجيجون والدجلة والفرات ونيل مصر . ويذهب القلقشندى إلى أن نيل مصر هو أفضل الأنهار الخمسة وأعذبها وأخفها ماء . والقلقشندى له عذره فيما ذكر عن أفضل الأنهار فهو قد كتب فى حدود ماكان متوافرا فى عصره من معلومات .

ويضيف القلقشندى بأن الأنهار الكبار هى التى تسير فيها السفن .
النمط الثانى : العيون وهى مياه تنبع من الأرض وتعلو إلى السطح ثم تسرح فى قنى قد حضرت لها .
النمط الثالث : البئار وهى حفائر حتى ينبع الماء من أسفلها ويرتفع فيها ارتفاعا لا يبلغ أعلاها .
والنمطان الثانى والثالث هو مانسميه اليوم بالمياه الجوفية .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الماء الذى ينبع من الأرض هو الذى نزل من السماء ، أم غيره . فذهب البعض إلى أنه هو الماء الذى نزل من السماء وحجتهم فى ذلك قوله تعالى « وأنزلنا من السماء ماء بقدر »(المؤمنون/١٨)

وذهب آخرون إلى أن الذى ينبع من الأرض غير الذى نزل من السماء ، ودليلهم على ذلك قوله سبحانه « ففتحنا أبواب السماء بماء منهمر وفجرنا الأرض عيونا » (القمر / ١١) .

ويوصف الماء للاستحسان بالعذوبة والصفاء والرقة والخفة وشدة البرد فى معناه الشَّبِم .

أما الماء الملح فهو أحد العناصر الأربعة ، وهو محيط بالأرض من جميع جهاتها إلا مااقتضته الحكمة الإلهية لعمادة الدنيا من كشف بعض ظاهرها الأعلى . وتتفرع منه بحار مبتدئة فى جهات الأرض لتجرى السفن فيها بما ينفع الناس .

وقد اختلف فى الماء الملح هل هو كذلك من أصل الخلقة أم عرضت له الملوحة بسبب مالاقاه من سبخ الأرض وفى ذلك رأيان .

ومن خصائص البحر الملح أنه فى غاية الصفاء حتى أنه يرى فى قاعه على القرب من ساحله . ويوصف البحر بالسعة والطول والعرض وكذلك العجائب حتى إنه يقال فى الأمثال « حدث عن البحر ولا حرج » .

وفى الماء الملح كثافة لا توجد فى الماء العذب ومن أجل ذلك لا ترسب فيه الأشياء الثقيلة كما ترسب فى الماء العذب حتى إنه يقال إن السفن التى تغرق فى البحر الملح لا تبلغ أرضه بخلاف التى تغرق فى الأنهار فإنها تنزل إلى قاعها . وشاهد ذلك أنك إذا طرحت بيضة دجاجة فى الماء العذب غرقت فيه فإذا أذبت فى ذلك الماء ملحا بحيث يغلب على الماء وطرحتَ فية البَيْضة طفت (القلقشندى ــ صبح الأعشى فى صناعة الانشاء ، طبعة القاهرة ج ٢ ، ص ١٨٧ ، ١٨٨) .

وأتناول فيما يلى من دراسة كلا من الانهار والعيون والبئار.

مقدمة :

شغلت حقوق الناس فى مياه الأنهار بال الجماعة منذ فجر التاريخ . ولا أغالى إذا قلت إن قيام الدول واستقرارها يجد أصله الأصيل فى الحقوق المائية ، فحول أحواض الانهار قامت حضارات وشيدت المدن وتذوق الإنسان لذة الاستقرار . ويقص لنا التاريخ ــ من أجل استفادة الإنسان بمياه الأنهار

واقتسامها مع أترابه ـــ حكاية سدود انشئت وروافد حفرت ومجارى حولت .

ولم تكن النظرية الإسلامية أقل استشعارا لخطورة ماللمياه من أثر فى حياة الناس وقد جعل الله منها كل شىء حى . ففى القرآن الكريم آيات بينات وفى الحديث الشريف أحكام نيرات ، والتى أورد بعضا منها اثناء عرض هذا البحث ، حيث أتجه إلى ما يكون ذا صلة مباشرة بموضوع الدراسة التى تعنى أصلا بالعموميات قصدا إلى التبسيط والإيجاز وفتحا لباب الاجتهاد والإنجاز .

ولكن مياه الأنهار لم تدخل حلبة الصراع الدولى الحديث إلا منذ نصف قرن فاستحث بذلك اهتمام القانون الدولى المعاصر بعد أن تطورت استخدامات المياه كمصدر للطاقة ودخلت ضمن مخططات الرى المنظم فى مناطق شاسعة من آسيا وأفريقيا وأمريكا .

واليوم وقد راح الجفاف يضرب بمعاوله القتالة فى مناطق متعددة من هذه المعمورة فيتهددها بالخراب ويتربص بأهلها الموت نذكر فى خشوع وإيمان قدرة الحق فى قوله تعالى « أرأيتم إن أصبح ماؤكم غورا فمن يأتيكم بماء معين » (الملك / ٣٠) .

والحق ان الاستخدامات الفنية المتباينة للأنهار لا زالت تتأبى على التنظيم القانونى بسبب الطبيعة الخاصة لمياه الأنهار . ذلك أن إقليم الدولة يتسم بالبقاء والاستقرار والنهر جزء منه ، ولكن سيولة مياهه تناقض ذلك الثبات فهى اليوم هنا وغدا هناك . وتلك حقيقة لها معقباتها التى تستحث الخلاف فى الآراء من حيث أن سيولة المياه وجريانها يتحدى السيادة الإقليمية بحدودها السياسية ويتخطى السلطات الكاملة لدولة الإقليم . ومن هنا كان لابد لقواعد القانون الدولى النهرى من أن تجارى هذه الظاهرة وترتب لها ماهو مناسب من أحكام .

إن القانون الدولى النهرى لا يصرف اهتمامه إلا لفئة محددة من الانهار هى التى نطلق عليها مسمى « الانهار الدولية » . فماذا يقصد بالنهر الدولى ؟ .

اختلف الفقهاء المعاصرون فى تعريف النهر الدولى . وقد عرفته المحكمة الدائمة للعدل الدولى ــ فى منازعة اللجنة الدولية للاودر سنة ١٩٢٩ ــ بأنه المجرى الصالح للملاحة الذى يصل عدة دول بالبحر . ويبدو أن المحكمة كانت متأثرة بطبيعة النزاع الذى كان معروضا عليها فهو يتعلق بمشكلات الملاحة ولذا اشترطت فى مجرى المياه لكى يصبح نهرا دوليا أن يكون صالحا للملاحة وأن يكون متصلا بالبحر .

ولكن العلم كشف عن استخدامات للمياه وسعت من أهميتها وتجاوزت كونها مجرد مجرى للعبور ، ولذا اختلفت النظرة إلى النهر الدولى فأصبح الرأى على أن النهر يكون دوليا إذا كان يهم أكثر من دولة بغض النظر عن الأسباب التى تزكى تلك الاهمية . والواقع أننا يمكن أن نصنف استخدامات الأنهار فى نمطين رئيسين هما :

(١) الملاحة .

(٢) الاستخدامات الاقتصادية الأخرى .

ولذا فإننا يمكن أن نعالج أحكام الانهار فى شأن كل من هذين القسمين الكبيرين :

أ ــ **الملاحة** : ويعتبر النهر دوليا ــ من أجل اغراض الملاحة ــ إذا كان النهر أو روافده صالحا للملاحة ويعبر ــ أو يفصل ــ فى جريانه ــ أقاليم اكثر من دولة .

وتدور النقطة القانونية الجوهرية ــ بالنسبة للأنهار الملاحية ــ حول ماإذا كان هناك حق عرفى يخول الدول مكنة الملاحة الحرة فى النهر بغض النظر عن عدم وجود اتفاق بينها وبين الدولة صاحبة الإقليم .

والرأى الغالب فى الفقه ينفى وجود ذلك الحق بدعوى أن ماتقرره المعاهدات بالنسبة للملاحة الحرة هو استثناء على مبدأ السيادة الخالصة . ولكن نفرا من الفقهاء يؤكد أن مبدأ السيادة الخالصة لا يتفق مع حقائق المجتمع الدولى وأن هناك حقوق ارتفاق بالملاحة يتحمل بها النهر الدولى .

ب ــ **الاستخدامات الاقتصادية** ــ فى غير الملاحة ــ كالاستثمار الصناعى والزراعى . وقد مهدت هذه الاستخدامات لتطوير قواعد القانون الدولى النهرى إذ راحت تنظر إلى مجرى النهر على أنه وحدة طبيعية تفرض ذاتها على الرغم من عدم توافر الوحدة القانونية .

ماذا تقول النظرية الإسلامية :

النهر لغة هو الماء العذب الغزير أو هو مجرى الماء . وقد يندرج النهر ضمن مفهوم لفظة البحر . وفى هذا يقول التنزيل الحكيم « مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » (الفرقان / ٥٢) .

بيد أن القرآن الكريم وإن كان قد صرف لفظة البحر إلى كل من النهر والبحر الملح فانه لم يسو بينهما فى الحكم . قال عز من قائل « ما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج » (فاطر / ١٢) . فدل بذلك على أن هناك سمات لكل من الظاهرتين تقتضى اختلافا فى الاحكام . ولذا فإننى لا أساير ماذهب اليه الفقهاء من أن أحكام الانهار تنطبق على البحار . قد يكون هناك تلاق فى بعض الجزئيات ولكن هذا لا يعنى تماثلا فى الأحكام وتوحيدا فى المدركات .

قدمت أن النظرية الإسلامية تولى المياه العذبة أهمية بالغة ، فلا غرابة إذن فى أن ينصرف الاهتمام إلى مجارى تلك المياه وأولها الانهار . ويتبدى اهتمام النظرية الإسلامية بالأنهار فيما احتواه الكتاب الكريم من ذكر للأنهار فهى زينة فى الحياة الآخرة كما انها زينة فى الحياة الدنيا . يقول المولى عز وجل « بشراكم اليوم جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها » (الحديد / ١٢) . ويعدّد صورا من الأنهار يزدان بها فردوس الخلود .

وتقسم النظرية الإسلامية التقليدية الأنهار إلى ثلاثة أقسام :

١ ــ ماأجراه الله تعالى من كبار الأنهار التى لم يحفرها الآدميون كدجلة والفرات والنيل . ويذهب الفقه التقليدى إلى أن احكام المحيطات

والبحار تماثل أحكام تلك الانهار ، وهو ماأسلفت عدم إقرارى به .

٢ ــ ماأجراه الله تعالى من صغار الأنهار على ضربين :

أ ــ أن يعلو ماؤها ولو لم يحبس ويكفى جميع أهله دون قصور .

ب ــ أن يقل ماء النهر ولا يعلو للشرب إلا بحبسه .

٣ ــ مااحتفره الآدميون من الأرضين ، وتستمد مياهها من نهر عام .

(الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ١٨١) .

واذن فالفقهاء المسلمون يقسمون الأنهار إلى أنهار طبيعية وأنهار صناعية ، ويقسمون الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة .

إن من ينعم النظر فى المدركات الإسلامية التقليدية يلحظ أولا أن الفقهاء راعوا فيها الاستخدامات الخاصة للأنهار من قبل الأشخاص . ويجد ثانيا أن القسم الخاص بما احتفره الآدميون لا يمثل قسما ثالثا بالمعنى الدقيق وإنما هو صورة من صور الانتفاع بالانهار بأن يحتفر الشخص مجرى يستمد مياهه من مياه النهر الطبيعى . ومن ثم فإن الأنهار التى يكون عليها المعول فى تحديد الأحكام العامة هى الأنهار الطبيعية . وهنا أرى أن تقسمة الأنهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة تقسمة لا مبرر لها مادام أن المراعى أصلا فى التقسمة هو كيفية الاستفادة بالنهر ، وهل يكفى النهر حاجة أهله دون حبس مياهه أم أن ماءه غور لابد من حبسه حتى يرتفع على نحو يمكن معه الاستفادة به . ومرة أخرى نجد أن تقسمة الانهار الطبيعية إلى أنهار كبيرة وأخرى صغيرة تقسمة تقوم على كيفية استخدامها وليس على نوع ماتقدمه من خدمات وان كان القلقشندى ، ومن قبله بعض الفقهاء مثل ابى يوسف ، قد خص كما قدمت الأنهار الكبيرة بسير السفن أى أنه اعتبر أن الأنهار الكبيرة هى وحدها الصالحة للملاحة . فاذا اعتبرت هذه الملاحظة من القلقشندى فإننا يمكن أن نتخذ من الصلاحية للملاحة معيارا لتقسيم الانهار ، وهذا ما أراه وأحبذه . وهنا أرانى أسير فى طريق معاكس لما سار عليه الفقه التقليدى ذلك أن الملاحة لم تشغل بال الفقهاء القدامى عند معالجتهم لأحكام الأنهار وإنما استهمهم

مايستفاد بالنهر فى الزراعة والشراب . أى أن الاستخدامات الاقتصادية ـــ غير الملاحة المعروفة وقتئذ هى التى كانت رائدهم فيما خلفوه من أحكام . أما أنا فأسير على أن الملاحة هى الاعتبار الأول فى تنظيم الأحكام وبذا تنقسم الأنهار إلى قسمين :ـــ

١ ـــ أنهار صالحة للملاحة إلى جانب غيرها من الاستخدامات الاقتصادية .

٢ ـــ أنهار صالحة للاستخدامات الاقتصادية غير الملاحة ، وهذه بدورها تنقسم إلى :

أ ـــ أنهار يعلو ماؤها دون حبس .

ب ـــ أنهار لا يعلو ماؤها إلا بالحبس .

والحق أن آيات التنزيل الحكيم تسمح لنا بأن نعالج أحكام الأنهار على هدى من صلاحيتها لكافة الاستخدامات الاقتصادية سواء كانت ملاحية أم غير ملاحية . فيقول العليم الحكيم « وسخر لكم الأنهار » (ابراهيم / ٣٢) ، وإذن فقد سخر المولى العلى الأنهار للإنسان تسخيرا عاما بلاحدود،ومطلق التسخيريتسع لكافة صور الاستخدام .

النهر الدولى فى النظرية الإسلامية :

فإن صح ماقدمت فما هو النهر الدولى ـــحسب النظرية الإسلامية ـــ من بين تلك الأنهار ؟ الحق أن الفقه التقليدى لم يتطرق إلى تصور للنهر الدولى لأنه كان يعالج أحكام الانهار التى تجرى داخل اقليم دولة واحدة وعذره فى ذلك أمران : أولهما أنه كان يتابع منطقه فى تقسيم العالم إلى دار سلام ودار حرب فلم تشغله مشكلات جريان النهر فى أقاليم دول اسلامية تستقل الواحدة منها عن الأخرى ، وثانيهما أن معرفته بالانهار كانت قاصرة على مانمى إلى علم الفقهاء من أنهار فى ذلك الزمان،ولذا فإن الصورة التى عرضت له كانت صورة نهر يجرى فى إقليم غير مقسم . صحيح أن بعض هذه الأنهار ـــ كالنيل مثلا ـــ كان يجرى فى إقليم ينقسم بين عدة وحدات ولكن الذى عرفه الفقه عن النيل هو أنه نهر يجرى فى مصر وهكذا سماه عمرو بن العاص نيل مصر وهذا هو

مسماه أيضا فى القلقشندى وهو مؤلف أعد فى مصر متأخرا . ثم إننا يجب ألا ننسى أن القانون الدولى المعاصر ــ على الرغم من معرفته بجغرافية الأنهار على نحو أوسع وأدق من معرفة الفقه الإسلامى التقليدى بها ــ لم يهتم بأمورها ولم يحاول أن يضع أحكاما تنظمها إلا منذ نصف قرن أو يقارب عندما فرض عليه تشابك مصالح الدول أن يفعل ذلك .

أما والصورة المعاصرة تغاير تلك التى عالجها الفقه التقليدى فإن لنا أن نحاول تبين ماإذا كانت النظرية الإسلامية تتسع لمدرك النهر الدولى كمنطلق لاستيضاح الأحكام التى تطبق على هذا النهر فى العلاقات الدولية .

ولعل نقطة البداية فى الإجابة على هذا السؤال هو قوله ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ والنار » وفى رواية أخرى « لا تمنعوا ماء ولا كلأ ولا نارا فإنه متاع للمقوين وقوة للمستمتعين » .

والحديث على روايتيه يعنى أن الشيوع فى الماء قد تقرر كحكم يرتبط بما يمكن أن يحققه الماء من منافع مشتركة للمستفيدين به فهو متاع للمقرئين وقوة للمستمتعين . الأمر الذى يسمح لى بأن أقول إننا لو تصورنا جدلا ماء لا يفيد إلا شخصا بعينه فإن حكم الشيوع يسقط عنه لانعدام حكمته وغياب مبرره . فلو نظرنا مثلا إلى نهر النيل من حيث أنه نهر لا يصلح للملاحة بين مصر والسودان وأن نفعه الملاحى يقتصر على مصر فحسب فإن مياهه لا تخضع ــ من حيث الاستخدام الملاحى ــ لقاعدة الشيوع . وفى قول آخر فإن السودان لا يملك أن يدعى شيوعا مع مصر بشأن الملاحة فى الجزء من النيل الذى يقع فى مصر .

وهكذا أخلص إلى أن النهر الذى يخدم أكثر من دولة ويمكن أن يشبع حاجاتها كليا أو جزئيا هو نهر يخضع لقاعدة الشيوع بمعنى أن الدول المطلة على حوضه تكون شريكة فى مياهه . فإذا أردت أن أصوغ هذه القاعدة صياغة عصرية أقول إن النهر الدولى فى النظرية الإسلامية هو النهر الذى تجرى مياهه فى اكثر من دولة ويتسع مآؤه لاهتمامات الدول المشاطئة له . ولكن هل تكفى

وفرة الماء والجريان فى اكثر من دولة فى تعريف النهر الدولى سواء أكان استخدامه للملاحة أم لغيرها من الاستخدامات الاقتصادية ، أم اننا يجب أن نضيف إلى التعريف الذى اسلفته وصفا آخر ليكون تعريفا جامعا .

إن تصورنا لصلاحية النهر للملاحة يقوم على فرضين :

(١) أن تتوفر تلك الصلاحية فيما بين الدول المطلة على النهر فحسب ..

(٢) أن تتوفر ايضا بالنسبة للملاحة القادمة من البحر ، أى الملاحة الدولية .

والحق أن كافة الأنهار الصالحة للملاحة فيما بين الدول الشاطئية تصب كلها — حسبما أعرف — فى بحار ملحة ، وتبعا فإن النهر الصالح للملاحة الإقليمية يصلح جغرافيا كذلك للملاحة العالمية . ومن ثم فإننا يمكن أن نكتفى بالتعريف السالف من حيث أن صلاحية النهر لإشباع حاجة الدول المطلة عليه فى الملاحة المشتركة يعنى تبعا أنه صالح للملاحة العالمية . ويمكن أن نضيف للتعريف وصفا توضيحيا فى هذا المعنى . ومن ثم فإن النهر الدولى فى النظرية الإسلامية هو :

١ — النهر الذى يجرى فى إقليم اكثر من دولة ويمثل أهمية للدول المطلة على حوضه .

٢ — فإن كانت الأهمية ملاحية فانه يجب أن يكون — إلى جانب ذلك — صالحا للملاحة ومتصلا بالبحر . ولعل القلقشندى كان يقصد إلى هذا الشرط عندما قال إن الانهار الكبيرة هى التى تسير فيها السفن .

هناك نفر من الفقهاء المعاصرون يرون أن النهر يكون دوليا إذا كان ذا أهمية للجماعة الدولية حتى ولو كان يجرى فى إقليم دولة واحدة . وهذا القول فى رأيى مرفوض فى النظرية الإسلامية لأن شركة الناس للماء تفترض عندى أن تكون هناك علاقة إقليمية بين من يرغب فى أن يستفيد من الشيوع وبين المياه الشائعة . فليس منطقا مثلا أن مسلما فى الحبشة يدعى أنه صاحب حق شائع

فى مياه توجد فى مكة مثلا وإنما أصحاب الشيوع فى مياه مكة هم أهل مكة ، سواء أكانت اقامتهم مستقرة أم عارضة .

وهكذا نرى أن النظرية المعاصرة تلتقى مع النظرية الإسلامية فى تعريف النهر الدولى . ومؤدى النظرية الإسلامية على ماقدمت — هى أن الدول تملك رقبة الأنهار التى تجرى فى إقليمها أما مياه تلك الانهار فتثبت فيها إباحة عامة للدول على التفصيل الذى أذكره فيما يلى .

النظام القانونى للأنهار الدولية :

هناك قاعدة عامة تحكم كل ما أذكر فى خصوص استخدامات الأنهار تلك هى عدم الاضرار بالنهر ، فإذا ترتب على الاستخدام إضرار بالنهر كان لكل دولة أن تمنعه لأن حقوق الدول الشاطئية جميعها وإتاحة التصرف فى الحق مشروطة بانتفاء الضرر .

١ — بالنسبة للملاحة : أبرز القرآن الكريم أهمية الملاحة فى العلاقات الدولية فقال تعالى « والفلك تجرى فى البحر بما ينفع الناس » (البقرة / ١٦٤) . صحيح أن الآية هنا تتكلم عن الفلك التى تجرى فى البحر ولكنى أسلفت بأن لفظة « البحر » يمكن أن ينصرف مدلولها فى القرآن الكريم إلى النهر ايضا .

كذلك قال عز وجل « أم من جعل الأرض قرارا وجعل خلالها أنهاراً » (النمل / ١٢) . فالمقابلة فى الآية الكريمة تتعلق بالقرار فى الأرض والمقابلة على هذا النحو تشير فى تقديرى إلى أن الحكمة الإلهية شاءت أن تشق خلال الإقليم الثابت عناصر فيه تكون جارية وسيالة فاقتضت قدرة العلى القدير أن تكون الأرض قرارا وأن يجرى خلالها انهارا . وجريان مياه النهر تحقق حكمة كبرى هى صلاحيته للملاحة وكأن الآية الكريمة تقول إن الله قد خلق الأرض ليستقر فيها الناس وشق خلالها أنهارا لتحمل الناس من مستقر إلى آخر على هذه الأرض .

لقد كانت القاعدة فى القانون الدولى المعاصر تبيح للدولة أن تغلق قطاع النهر الذى يجرى فى إقليمها ضد الملاحة من أعلى النهر ومن أسفله ، فلما اجتمعت الدول فى مؤتمر فينا سنة ١٨١٥ رأت أن ترتب نظاما للممرات المائية الدولية فاتفقت على أن تقوم الدول الواقعة على النهر بتنظيم الملاحة فيه عن طريق الاتفاق المشترك آخذة فى ذلك بالمبادىء التالية :

أ — حرية الملاحة فى مجرى النهر جميعه .

ب — توحيد الرسوم والإجراءات .

ج — قيام لجنة دولية بالإشراف وتحصيل الرسوم .

ثم اجتمعت اربعون دولة سنة ١٩٢١ فى برشلونه ووقعت اتفاقية بشأن نظام للممرات المائية الصالحة للملاحة التى تكون محل اهتمام دولى . وتنص المادة الاولى من هذه الاتفاقية على أن تعتبر ممرا مائيا ذا أهمية دولية كل الأجزاء التى تكون بطبيعتها صالحة للملاحة من وإلى البحر العام والتى تعبر أو تفصل — فى جريانها — دولا مختلفة . وتقبل كل الدول الموقعة حق الملاحة الحرة لسفن باقى الدول الموقعة فى أجزاء الممر المائى الصالحة للملاحة والخاضعة لسيادتها . وذلك على أساس المساواة ودون تمييز بين الدول المطلة على النهر والدول غير المطلة عليه ، اللهم إلا بالنسبة للملاحة الساحلية فهذه يمكن للدولة أن تبقيها لمواطنيها هى ، وتلك أحكام تجيز النظرية الإسلامية — فى تقديري — الاتفاق عليها بين الدول .

ولكن السؤال الجدى هنا إنما يثور حول ماإذا كان هناك حق عرفى بالملاحة الحرة فى الانهار الدولية مستقلا عن الاحكام الوفاقية . إن الغالبية العظمى من الفقهاء المعاصرين ترى أن ماقررته المعاهدة بإجازة الملاحة الحرة هو استثناء على مبدأ السيادة الخالصة ومن ثم فإنها تنكر وجود قاعدة عرفية تقر بحق الملاحة الحرة . ولكن هناك قلة ترى أن مبدأ السيادة الخالصة لا يتفق مع حقائق المجتمع الدولى ولذا ترى أن للدول النهرية حق ارتفاق بالملاحة الحرة فى مجرى النهر الذى تطل عليه . فإذا اتجهنا إلى الممارسة الدولية نجد أنها عاجزة عن أن

تقدم لنا مساعدة جدية فى حل هذا الخلاف الفقهى على الرغم من أن الدول تحرص فى كثير من المناسبات على تأكيد مبدأ الملاحة الحرة فى الأنهار الدولية . وفى تقديرى أن الملاحة الحرة فى الأنهار الدولية لم ترق بعد إلى مرتبة القاعدة الدولية العرفية ، وتبعا فإننا لا نستطيع أن نحاج الدولة بالنسبة للملاحة الحرة فى الجزء من النهر الدولى الذى يجرى بإقليمها إلا طبقا لمعاهدة أبرمتها أو لقانون اصدرته .

أما النظرية الإسلامية فلا تعرف هذا الخلاف لأنها بمبدأ الشيوع الذى تقوم عليه تقرر مبدأ حرية الملاحة فى الأنهار الدولية كقاعدة أولية من قواعد قانون السلام فى الإسلام . فمياه الأنهار الدولية شركة بين الدول صاحبتها وتجرى فيها سفنها بما ينفع الناس . وهكذا سبقت النظرية الإسلامية بتدويل مياه الأنهار الملاحية وزكت مبدأ عاما بحرية الملاحة فيها دون تعليق ذلك على إبرام معاهدة أو إصدار قانون . فلكل من الدول الشاطئية حق ارتفاق بالملاحة فى الجزء من النهر الذى يقع فى أقاليم الدول الأخرى . وماتقول به النظرية الإسلامية هو مافشلت أقلية من الفقهاء فى الاقناع به اليوم بسبب عنجهية السيادة التى تنفخ أوداج الدول .

ب ــ الاستخدامات الاقتصادية الأخرى غير الملاحية :

تختلف آراء الفقهاء المعاصرين فى هذا المجال ، ويمكن أن ألخصها فيما يلى :

١ ــ نظرية السيادة المطلقة وترى أن استقلال الدول إنما يكشف عن ذاته فى استخدام مياه الأنهار استخداما حرا انفراديا إلى أكمل حد . وهذا معناه أن الدولة يمكنها أن تستهلك مياه النهر كاملة وأن تستخدمها كما يحلو لها دون قيد ، بل إن لها أن تغير مجرى مياه النهر ولو كان النهر يعبر تخوما دولية . وفى إيجاز فإن هذه النظرية تماثل بين الأنهار الوطنية وبين الجزء من النهر الدولى الذى يمر بإقليم الدولة . وتلك نظرية ترفضها المفاهيم الإسلامية لأنها تقرر حقا خالصة لكل دولة على مياه النهر وليس حقا شائعا ، والحق أنها نظرية ذات آثار فوضوية .

٢ ــ نظرية التكامل الإقليمي المطلق ، فهى تنظر إلى النهر على أنه وحدة إقليمية لا تجزئها الحدود السياسية وتفرض على الدول الشاطئية التزاما بأن تمتنع عن تغيير الظروف الطبيعية لجريان النهر وذلك حتى لا تتحكم دولة واحدة من الدول الشاطئية فى مجرى النهر . وتتفق تلك النظرية مع روح النظرية الإسلامية . بيد أنها تختلف عنها فى أن التكامل عندها يشمل النهر مجرى ومياها ، أما التكامل فى النظرية الإسلامية فهو ــ كما قدمت ــ تكامل فى المياه فحسب فالمجرى يظل خاضعا لسيادة الدولة المعنية وجزءا من إقليمها الثابت .

والواقع أن هذه النظرية تحابى دول النهر السفلى بالنسبة للإشراف على النهر ودوله العليا بالنسبة للملاحة فى حين أنها تتصور أنها تحقق المساواة بينها .

٣ ــ نظرية الملكية المشتركة ويستمد أصحاب هذه النظرية سندهم من سنن الطبيعة ، ومؤداها أن النهر الذى يجرى فى أقاليم عدة دول يعتبر ملكا مشتركا بينها فالنهر مجرى طبيعى يضفى ــ بجانب تسهيلات الملاحة ــ حقوقا ومزايا تبعية مثل الصيد واستخدام المياه للرى أو استخراج الطاقة . ومن ثم فلا تملك دولة من الدول الشاطئية أن تحرم باقى الدول من هذه الحقوق والمزايا فمنح الطبيغة هى لخير الإنسانية وليس لدولة أن تمارس حقوقها على نحو يحرم الدول الأخرى من حقوق معادلة . وهذه هى النظرية التى تتفق مع منظور ومفهوم النظرية الإسلامية والطريف أن الأخذ بهذه النظرية يحتاج ــ طبقا لقواعد القانون الدولى المعاصر ــ إلى إبرام اتفاق بين الدول المعنية ولكنه لا يحتاج إلى ذلك فى مفهوم النظرية الإسلامية .

وإذا أردت أن أطور أحكام استخدام تلك الأنهار من المستوى الوطنى إلى الصعيد الدولى أقول إن للدول الشاطئية أن تقسم الانتفاع بمياه النهر بنسبة مالها من مصلحة وهذا التقسيم يكون إما بالزمن بأن تأخذ كل دولة أياما محددة

(وهذا أنسب للدول المتقابلة) . وإما بالعداد بأن تأخذ كل دولة امتارا مكعبة من المياه معلومة المقدار ـــ أو مايشبه ذلك من وسائل التقسيم المختلفة (وهذا أنسب للدول المتتابعة) .

وجدير بالذكر أن الاستخدامات الاقتصادية غير الملاحية هى التى شغلت بال الفقهاء المسلمين القدامى حتى أنهم كانوا يفسرون آيات القرآن الكريم المتعلقة بالأنهار من هذا المنطلق ، وهذا أمر يدهشنى لأن الملاحة النهرية أمر عرفته الدولة الإسلامية وكان يجرى فى بعض أقاليمها . وأضرب مثلا لذلك بالآية الكريمة « وألقى فى الأرض رواسى أن تميد بكم وأنهارا وسبلا » (النحل / ١٥) إذ نجد أن ابن كثير يفسرها من زاوية المنافع الاقتصادية غير الملاحية فحسب فيقول « وجعل فيها أنهارا تجرى من مكان إلى مكان آخر رزقا للعباد ينبع فى موضع وهو رزق لأهل موضع آخر فيقطع البقاع والبرارى والقفار ويخترق الجبال فيصل إلى البلد الذى سخر لأهله » (تفسير القرآن العظيم لابن كثير ـــ كتاب الشعب ، المجلد الرابع ، ص ٤٨٢) . وفى تفسير قوله سبحانه وتعالى « الذى مد الأرض وجعل فيها رواسى وأنهارا » يقول ابن كثير « أجرى فيها الأنهار والجداول والعيون لسقى ماجعل منها من الثمرات المختلفة الألوان والأشكال والطيور والروائح » (تفسير ابن كثير ـــ المرجع السابق ، ص ٣٥٢) .

وإذا كان الفقه التقليدى قد اهتم بالاستخدامات المتعلقة بالزراعة والشفه ومالإلى ذلك فإن مرجع ذلك هو أنها كانت هى الاستخدامات الاقتصادية المعروفة وقتئذ . ولذا فإن هذا لا يطبق علينا اليوم والقياس فيه يكون على المبدأ أصلا . والقول عندى إن الفقه الإسلامى كان سباقا فى تقرير نظرية الملكية المشتركة بالنسبة للأنهار الدولية . فهذا ـــ مثلا ـــ أبو يوسف يقول إن للناس أن يستقوا من النهر الكبير (والكبير هنا كما اسلفت يبدو أنها تعبير مقابل للدولى فى عصرنا) ويسقون الشفه والحافر والخف وليس لأحد أن يمنع ، ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم ولا يحبس الماء عن أحد دون أحد (الخراج

لأبى يوسف ــ القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٢٠٩) . وفى حديث عن الرسول ﷺ رواه الإمام أحمد « لا يمنعن أحدكم الماء مخافة الكلأ » . ويقول ابو يوسف أيضا « الفرات ودجلة يسقى منهما من شاء وتمر فيهما السفن ولا يكون فيهما شفعاء ليس كهيئتهم فى الشرب » (الخراج ، المرجع السابق ــ ص ٢١٠) . وأود هنا أن أشير إلى أن أبا يوسف تكلم ــ كما أسلفت القول ــ عن مرور السفن فى الأنهار الكبيرة فكانت منه إشارة عابرة .

إن الأحكام السالفة تفترض أن مياه النهر من الارتفاع بحيث يمكن استخدامها الاستخدام الاقتصادى المرغوب دون حبس ، فما القول لو استغل ماء النهر وكان لا يعلو للشرب أو لغيره من الاستخدامات الاقتصادية الاخرى ، ألا يحبسه ؟ .

يقول صاحبا الأحكام السلطانية ــ أبو يعلى والماوردى ــ إن للأول من أهل هذا النهر أن يبتدىء بسقى أرضه حتى يكتفى منه ويرتوى ثم يحبسه من يليه حتى يكون آخرهم أرضا آخرهم حبسا . وهذا يعنى أن الأولوية هى لدولة أعلى النهر وأن دولة أسفل النهر هى آخر الدول حبسا للنهر . والطريف أن هذا القول يكرره كثير من فقهاء القانون الدولى المعاصر ــ وفى مقدمتهم فاتيل ــ حيث يرى أن النهر محمل بحق ارتفاق لصالح الدولة الكائنة باعلى مجرى النهر .

إن مياه النهر الدولى تعد من المشتركات العامة بين الدول . والمشتركات هى الثروات الطبيعية التى لا يأذن الإسلام لدولة بذاتها بالانفراد بها وإنما يسمح للدول جميعا بالاستفادة منها مع احتفاظ مياه النهر بصفة الاشتراك والعموم . وعلى هذا الأساس نعرف أن المصادر الطبيعية المكشوفة للمياه تخضع لمبدأ الملكية المشتركة . وإذا حازت دولة منها كمية ملكت الكمية التى احتازتها ، فلو اغترفت من النهر بآلة أصبح الماء الذى اغترفته ملكا لها بالحيازة .

فالعمل إذن هو اساس حق الدولة فيما تسيطر عليه من مياه النهر ، وأما

دخول شيء من مياه النهر فى سيطرة دولة بتسرب الماء من النهر إلى اقليمها دون ع .ل منها فلا يبرر تملكهاله بل يبقى الماء على إباحته العامة مالم تبذل عملا فى حيازته .

وقد أسلفت أن الرأى عندى هو أن علاقة كل دولة شاطئية بمياه النهر هى علاقة حق لا علاقة ملك على الرغم من أنها تملك مجرى النهر فى ذاته . ولذا فإن كل دولة أحق بماء النهر الذى يجرى فى إقليمها بقدر حاجتها لكافة الاستخدامات المشروعة ، فإن فضل بعد ذلك شيء وجب عليها بذله بلا عوض للدولة التى تحتاج اليه . وفى قول آخر فإن أى دولة لا تملك أن تمنع الفائض عن الدول الأخرى وذلك فى الحدود التى لا تتعارض مع حقها لأن الدولة لا تملك المياه — بوصف أن المياه مصدر طبيعي — وانما هى أحق بالمياه نتيجة لخلقها الفرصة التى اتاحت لها الانتفاع بالمياه (محمد باقر الصدر — اقتصادنا ، بيروت ، ط ١٩٨٢ ، ص ٤٦٦ — ٤٦٨) .

ولكن هل حق دولة أعلى النهر فى حبس مياه النهر حق مطلق ؟ الواقع أن حق الحبس هذا ليس حقا مطلقا فقد وضعت له الدولة الإسلامية ضوابط تنظمه .

يقول الفقهاء إن ماتحبسه الدولة فى أرضها هو إلى الكعبين . فإذا بلغ الكعبين أرسل على الدولة التالية ، وذلك لما نص عليه الحديث من أن رسول الله قضى فى مهزور وادى بنى قريظة أن الماء إلى الكعبين ، يحبس الأعلى على الأسفل . « وإذا استوى اثنان فى القرب من أول النهر انقسما إن أمكن فإن لم يمكن أجريت القرعة بينهما فيقدم من تقع له ، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما : سقى من تقع له القرعة بقدر حقه فى الماء ثم تركه للآخر وليس له أن يسقى بجميع الماء لأن الآخر يساويه فى الاستحقاق . وأما القرعة فهى للتقديم فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأقرب مع الأبعد فإنه ليس للأبعد حق إلا فيما فضل عن الاقرب » (عبد الله بن عبد الرحمن الرشيد — الاموال المباحة وأحكام تملكها فى الشريعة الإسلامية ، الرياض ، ج ٢١ ، ١٩٨٤ ، ص ٢٠٣) .

ولكن هذا الذى جاء به الحديث إنما روعيت فيه ظروف الزمان والمكان ، ولذا فإن القياس عليه يكون قياسا على المبدأ وليس على التفصيل لاسيما إذا كنا بصدد وضع أحكام للعلاقات الدولية وليس للعلاقات الفردية .

ولذا فإن قدر مايحبس إنما تحدده الأعراف أو الاتفاقيات أو يتغيا قاعدة « لاضرر ولا ضرار » .

« وقد قيل : إن هذا القضاء ليس على العموم فى الأزمان والبلدان وإنما هو مقدر بالحاجة وقد يختلف من خمسة أوجه :

أحدها : باختلاف الأرضين ، فمنها مايرتوى باليسر ومنها مالا يرتوى إلا بالكثير .

والثانى : باختلاف مافيها ، فإن للزرع من الشرب قدرا ، وللنخيل والأشجار قدرا .

والثالث : باختلاف الصيف والشتاء ، فإن لكل واحد من الزمانين قدرا .

والرابع : باختلافهما فى وقت الزرع وقبله . فإن لكل واحد من الوقتين قدرا .

والخامس : باختلاف حال الماء فى بقائه وانقطاعه فإن المنقطع يؤخذ منه مايدخر والدائم يؤخذ منه مايستعمل . فكان معتبرا بالعرف والعادة المعهودة عند الحاجة » (الأحكام السلطانية لابى يعلى ، المرجع السابق ، ص ١٩٩) .

ومن ثم فإن لدول أعلى النهر أن تستفيد من امكانات النهر فى حدود مقتضيات حسن النية والجوار ودون أن تتخطى كمية معينة تقدر بما تسير عليه الأعراف الدولية أو الممارسات الجارية ، ثم تطلق باقى امكانات النهر كى تفيد منها الدول الشاطئية التى تليها .

ويطيب لى أن أقرر أن نشاط الدولة المشروع داخل اقليمها وفى حدود ماهو مسموح به لها دفع عنها المسئولية عن أى ضرر يلحق بالدول الشاطئ

الاخرى بسبب ذلك النشاط على أساس أن هذا نشاط مباح فيما تملك أو أنها تصرفت فى ملكها بمباح .

صورة خاصة لاستخدام الانهار الدولية (الانهار المحفورة) :

وهى مايحتفره الآدميون فى الأرض وتستمد مياهها من نهر عام أو هى ماتحتفره الدولة فى أراضيها وتستمد مياهه من نهر دولى فإن استخرجت من نهر صغير نظر فإن كان ذلك ضارا بالدول الشاطئية منع العمل وإن كان غير مضر لم يمنع . ولا تعتبر الدول بحفر هذا النهر أنها قد أحرزت الماء لأنها لم تستول عليه ولم تحتزه . والماء فى الأصل — قبل جريانه فى النهر المحفور — مباح إباحة عامة فضلا على أنه مازال متصلا بالمجرى العام إذ أن المياه تتجدد بجريانها ، ثم إن تلك المجارى لم تتخذ لحفظ المياه وإحرازه وإنما لمجرد إجرائه فيها لتوصيله إلى الأرض . لقد أوجدت هذه الاعتبارات شبهة الإباحة فى هذا الماء ولذا رتب الشارع فيه عند الحاجة إباحة محدودة . إن هذه الاباحة تقتصر بالنسبة للنهر المحفور المملوك ملكية خاصة على حق الشفه ومايلحق به من أخذ الماء للاستعمال المنزلى وسقى الدواب وما إلى ذلك ، ولكن لا يثبت حق الشرب إلا باذن صاحبه لأن فى إباحة حق الشرب ضرر عظيم بصاحب الأرض إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذى أجرى الماء فى ملكه الخاص . وعلى هذا لا يثبت الشرب فى هذه الأنهار إلا بِقِدَم غير معروف أو بإذن خاص من المالك . ومعنى ذلك فى أحكام القانون الدولى أن للدول الشاطئية أن تستخدم هذا النهر لاستداد حاجتها شريطة توافر اعتبارين : (١) أن يكون ذلك دفعا لضرورة . (٢) ألا يترتب على الانتفاع إضرار بمصالح الدولة التى احتفرته . فإن توفر هذان الشرطان ومع ذلك منعت الدولة صاحبة النهر المحفور الدول الأخرى من الاستفادة به وكانت الدول فى اضطرار إلى ذلك الاستخدام كان لتلك الدول أن تلجأ إلى القوة ، إذ مادام أن الماء غير محرز ويجرى متتابعا فهو باق على الإباحة الأصلية ، ومن منع من أخذ ماله حق فى أخذه كان له أن يستخدم القوة لتأمين حقه . وذلك لما روى من أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله

أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم إن اعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال (هلا وضعتم فيهم السلاح) (محمد ابو زهرة ــ الملكية ونظرة العقد فى الشريعة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٣٩ ، ص ٧٩) . ويقابل هذا الحق التزام يوجب على الدول الشاطئية أن تتحرى فى استعمالها للنهر المحفور ألا يترتب على هذا الاستعمال ضرر للنهر وإلا جاز للدولة صاحبة النهر المحفور أن تمنع ذلك الاستعمال إذ لا يصح أن يضيع الحق الأصلى فى سبيل حق ثبت للضرورة ودفعا للأذى عن الناس وسدا لحاجتهم . وفى قول آخر فإن الدول الشاطئية يجب ألا تتعسف فى استخدام حقها أو ان تسىء استعماله ، وكذا عليها أن تراعى ممارسة حقها بأقل قدر ممكن من انتهاك سيادة دولة الإقليم .

فإن كان الحافر للنهر أكثر من دولة فإن استخدامها للنهر يمكن أن يتبع واحدا من فروض ثلاثة يتحدد بها نصيب كل منها فى النهر دفعا للنزاع وتحقيقا للعدالة :

أ ــ أن تتناوب الدول على النهر لفترات متتالية تقرر بحسب عدد الدول وطبعا كلما قل العدد كلما زادت فترة الانتفاع به ، فإن اختلفوا حول ترتيب الاستفادة كان عليهم أن يقترعوا حتى يتحدد لهم ترتيب الأول ثم من يليه ، والاقتراع حل غير شائع فى الممارسة الدولية المعاصرة على الرغم من طرافته .

ب ــ أن تقتسم الدول المشتركة الانتفاع بالمياه ثم تأخذ كل دولة نصيبها عن طريق استخدام الآلات أو غير ذلك من الوسائل المتاحة .

ج ــ أن تتفق الدول الشاطئية على طريقة أخرى للاستفادة بمياه النهر المحفور لاسيما إذا كانت مياه النهر من الوفرة والمنسوب بحيث تواجه حاجات الدول المشتركة دون مشاحنة أو معارضة .

إن صورة النهر المحفور صورة واقعية غير بعيدة عن الممارسة الدولية ولكن الفقهاء المعاصرين لم يخصوها بالاهتمام كما فعل الفقهاء المسلمون. والحق أن هذه الصورة الخاصة من صور استخدام الأنهار لها تميزها الذى يؤهلها لأن تكون

محل عناية خاصة ودراسة واضحة دفعا لما قد تثيره من خلافات أو قد تستحثه من منازعات . وإذا كان الفقه التقليدى قد عنى بالأنهار المحفورة ذات الملكية الخاصة فانه قد خلف مع ذلك أفكارا ومبادىء يسرت لنا استنباط أحكام الانهار المحفورة التى تملكها الدول .

فرع ملحق
فى
المياه الجوفية (الآبار والعيون)

تمهيد وتحديد :

صحى العالم فى الآونة الأخيرة على إيقاع رهيب فى تزايد عدد سكانه فتقارير الأمم المتحدة تبشر بأن تعداد سكان المعمورة سوف يتجاوز ستة بلايين نسمة مع بدايات القرن الحادى والعشرين . ومن العجب أن العالم قطع شوطا طوله بليون عام كى يتجمع فوق سطح البسيطة بليون من البشر ولكن عجلة الزمن دارت فإذا به يشهد زيادة قدرها بليون خلال قرن واحد ، بل إن البليون الأخير أضيف خلال خمسة عشر عاما . ويصل معدل زيادة السكان إلى الضعف كل خمس وثلاثين سنة . وبدهى أن يتواكب مع هذا التكاثر المذهل تدافع شديد على موارد المياه وتنافس بالغ لاحتيازها ، فالله قد خلق من الماء كل شىء حى . وفى هذا الخضم من المشكلات تبرز أهمية المياه الجوفية ، حيث أن ٩٥٪ من المياه السطحية توجد فى المحيطات ولا تزيد نسبة المياه العذبة السطحية على ٢٪ فى حين أن المياه الجوفية تبلغ أضعافا مضاعفة لتلك النسبة . وهناك عدد لا يستهان به من الدول يعتمد أساسا فى اشباع حاجاته على المياه الجوفية فهذه اسرائيل تستمد ثلثى متطلباتها من المياه الجوفية ، وهناك دول اوروبية مثل الدانمارك وألمانيا الغربية وهولندا تقضى ثلاثة أرباع استهلاكها من المياه الجوفية ، وفى دول أخرى — كتونس وبلجيكا — نجد تسعة أشخاص من كل عشرة يعيشون على المياه الجوفية ، والأمثلة كثير .

وإن تعجب فعجب أن هذا الاهتمام الذى يعرفه للمياه الجوفية جمهور العلماء لا يواكب اهتماما مماثلا من معظم الفقهاء فالعلماء يجدون ويكشفون والفقهاء يغطون فى النوم ولا يفيقون . كذلك تشح الممارسات الدولية فى تزويدنا بوثائق أو سوابق تسهم فى تكوين أو استنباط قواعد وأعراف دولية تستقر فى هذا المقام .

والطريف أن القلة من المعاهدات التى أشارت إلى المياه الجوفية ذكرتها فى صورة آبار وعيون ، فذلك مثلا مافعلته بريطانيا وفرنسا فى اتفاقية سنة ١٨٩٨ بشأن الحدود بين تشاد وجيبوتى وفى اتفاقية سنة ١٩٢٣ عن الحدود السورية الفلسطينية ، وكذلك أيضا ماتناوله وفاق الحدود بين البرتغال واسبانيا سنة ١٩٢٦. ، وهكذا .

فإذا استقرأنا التاريخ نجد أن الصين هى أول حضارة أولت رعاية لتنظيم المياه وترتيب استخداماتها بيد أنها صرفت جل همها إلى المياه السطحية . أما الرومان — وعنهم أخذ الاوروبيون فى العصور الحديثة —فيوحدون بين المياه والأرض ويجعلون مالك الأرض هو مالك مابها من موارد مائية ، فلا غرو أن ينقل الأوروبيون — وهم ارباب القانون الدولى الحديث — أن ينقلوا نظرة الرومان هذه إلى القانون الدولى المعاصر فيؤكدون للدولة سيادة خالصة على الموارد المائية التى تكمن فى إقليمها .

ومن قبل جاءت الحضارة العربية — متأثرة إلى حد بعيد بالأفكار البابلية — لتضع تنظيما يتناول المياه الجوفية . ولا أغالى — إزاء تلك الحقائق — إذا قلت إن الفكر الإسلامى هو الذى أهلّ على العالم بتفصيل محكم وتقنين متكامل للمياه الجوفية .

والواقع أن اهتمام الجماعة الدولية بالمياه لا يرجع إلى عجز فى تلك المياه بقدر مايرجع إلى عدم التعادل فى توزيعها ، فهى تفيض فى مناطق وتنضب فى أخرى . ثم إنها قد توجد ولكن على اغوار قد تتجاوز ٧٥٠ مترا تحت سطح

البحر فى بعض الأماكن . وقد أشار القرآن الكريم إلى منة الله على عباده بالمياه الجوفية فقال تعالى « وأنزلنا من السماء ماء بقدر فأسكناه فى الأرض وإنا على ذهاب به لقادرون » (المؤمنون / ١٨) .

-ماذا يقول المسلمون (أخرج منها ماءها ومرعاها)

تكلم الفقهاء المسلمون عن أحكام المياه الجوفية التى يصل اليها الإنسان بالاحتفار أو بالاستنباط ، أى بحفر بئر أو استنباطها من عين . وتوقع الفقهاء أن المياه الجوفية مياه تجرى من مكمن جوفى فرأوا أن يضموا ملكية المكمن إلى ملكية البئر أو العين ولكن فى حدود الحاجة . فقرروا لكل بئر أو عين حريما ــ هو القياس السطحى للمكمن الجوفى ــ يختلف باختلاف الاستخدام الذى تخصص له المياه . وأغلب الظن عندى أن ملكية المكمن هى الاعتبار الأول الذى وضعه الفقهاء فى حسابهم عندما أدلوا بآرائهم فى أحكام الآبار والعيون ولذلك درستها تحت عنوان « المياه الجوفية » . ذلك أننا لو افترضنا جدلا أن مياه البئر أو العين لا تعدو الكمية التى نجد بها البئر أو العين وانه بنفاد هذه الكمية تجف البئر أو العين لكان معنى ذلك أننا نتعامل فى كمية محدودة من المياه لا تستأهل الجهد الفقهى الجاد ولتعلق الأمر بمستنقع من الماء وليس ببئر . ولكنا نتعامل مع مياه تتجدد على الدوام بما يحتويه المكمن الجوفى من كميات .

وبدهى أننا نستطيع اليوم ــ مع الإبقاء على الفكرة التقليدية وهى الحاق ملكية المكمن الجوفى بالمياه السطحية ــ أن نقدر حريم البئر أو العين اى مكمنه بالوسائط التقانية الحديثة بدلا من التقدير الجزافى الذى لجأ اليه الفقه التقليدى بل نستطيع أن نحدد علاماته . ويعرض الماوردى لأحكام البئر وأحكام العين . أما عن البئر فيقول إن لحافرها ثلاثة أحوال :ــ

١ ــ أن يحتفرهاللسابلة فيكون ماؤها مشتركا وحافرها فيه كأحدهم .
ويشترك فى مائها إذا اتسع لشرب وسقى الزرع فإن ضاق عنهما كان شرب الحيوان أولى به من الزرع ويشترك فيها الآدميون والبهائم . فإن ضاق عنهما كان الآدميون بمائها أحق من البهائم .

٢ ــ أن يحتفرها لارتفاق بمائها . كالبادية إذاانتجعوا أرضا وحفروا فيها بئرا وشربت فيها مواشيهم كانوا أحق بمائها ما اقاموا عليها فى نجعهم . وعليهم بذل الفضل من مائها للشاربين دون غيرهم . فإذا ارتحلوا عنها صارت البئر سابلة . فإذا عادوا اليها بعد الارتحال كانوا وغيرهم فيها سواء ويكون السابق اليها أحق بها .

٣ ــ أن يحتفرها لنفسه ملكا . فما لم يبلغ بالحفر إلى استنباط مائها لم تستقر له ملكية عليها وإذا استنبط ماءها استقر ملكه عليها لكمال الإحياء . وإذا استقر ملكه على البئر وحريمها فهو أحق بمائها . فإن فضل منه فضل لزمه بذلك للشارب من أربـــاب المواشى والحيـــوان . واختلف فى بذله للزرع فمنهم من قال لا يلزمه ومنهم من قال يلزمه .

وأما العيون فيقسمها الماوردى ثلاثة أقسام :

١ ــ أن يكون مما انبع الله ماءها ولم يستنبطه الآدميون ، فحكمها حكم ما أجراه الله من الانهار .

٢ ــ أن يستنبطها الآدميون فتكون ملكا لمن استنبطها ويملك معها حريمها وهو خمسمائة ذراع .

٣ ــ أن يستنبطها الرجل فى ملكه فيكون أحق بمائها كشرب أرضه فإن كان قدر كفايته فلا حق عليه فيها الا لشارب مضطر . وإن فضل عن كفايته وأراد ان يحيى بفضله مواتا فهو أحق به لشرب ماأحياه . وإن لم يرده لموات لزمه بذله لارباب المواشى دون الزروع . (الأحكام السلطانية ــ مرجع سابق ، ص ٢٠١ ــ ٢٠٦) .

والذى يعنينى الآن هو مدى قابلية ماخلفه الفقه التقليدى فى المياه الجوفية من أحكام داخلية لأن يصبح أحكاما دولية ، وهل يمكن أن نترجم ماأوجزته فيما سلف بلغة القانون الدولى الإسلامى ؟ .

إن الغاية الاساسية ـــ فيما أرى ـــ من أحكام مياه الآبار والعيون هى تنظيم الاستفادة بالمياه الجوفية وقد تحقق ذلك بالعلاقة التى أقامها الفقهاء بين مياه السطح لتلك الآبار والعيون وبين جوف المكمن الذى تستمد منه البئر أو العين ماءها ، وذلك بتوفير منطقة من الحمى لكل بئر أو عين أسموها حريم البئر أو حريم العين .

ولعل الملاحظة الأولى التى لاتفوت على الباحث هى أن الفكر الغربى والممارسات الدولية الحديثة قد تقفت أثر النظرية الإسلامية فى الربط بين المياه السطحية والمياه الجوفية والاشارة إلى المياه الجوفية ـــ كما أسلفت ـــ فى صورة آبار وعيون .

إن ماقدمته فى النظرية الإسلامية ينتهى إلى التعليق بأن الفقه الإسلامى استشرف الاقتتال على المياه لا سيما فى المناطق الجرداء القاحلة وتوقع ماقد يسفر عنه ذلك من شحناء وبغضاء فوضع القواعد التى تضمن عدم التنازع وتؤمن الحقوق بلا تكالب فاهتم بأن يلحق بمياه السطح قدرا من مياه الجوف يوفر للمستفيد حاجته ولا يمنع على الغير اشباع ضرورته . ومن هذا المنطلق أرى أن الفقه حرص فيما خلفه لتأمين أحكام الأنهار على تأكيد المعانى التالية :

١ ـــ حقوق الجماعة فى المياه الجوفية فقد جعل هذه الحقوق ارتفاقا على اية ملكية خاصة للمياه الجوفية . ولذلك نجد أن المياه الجوفية ملك عام للدولة فى برونى وأن احتفار الابار (الفانات) فى إيران رهن بإذن السلطة .

٢ ـــ من يختار تلك المياه عن طريق احتفار بئر أو استنباط عين لا يملك المياه الجوفية مطلقة وانما تكون له حقوق افضلية فى استخراج مائها تقف عند حد استنداد حاجته واشباع رغبته دون أن يمنع فائضه على المحتاج أو من كان فى مخمصة . ولذلك قرر الرسول ﷺ للناس جميعا حقا مطلقا بالشرب لا يستطيع مالك البئر أو العين أن يرد طالبه من فائض الماء .

٣ ــ ترتيب أهمية استخدامات المياه الجوفية بحيث تبدأ بشرب الآدميين ثم البهائم ثم سقى الزرع .

٤ ــ جعل الأرض تابعة للمياه على عكس المفهوم الغربى الرومانى الذى يجعل المياه تابعة للأرض ، ولذلك اتفق الفقهاء على أن ملكية البئر أو العين تستجر ملكية امتداد معين من الأرض .

٥ ــ اهتم الفقه بمفهوم المورد البديل للمياه وكان لهذا المفهوم أثر هام فى تنظيم المياه الجوفية . وقد خلقت هذه الأحكام الاساسية عادات وأعرافا كانت محل احترام على مر الايام .

وقد أحسنت مجلة الأحكام العدلية فى تقنين المفاهيم الإسلامية للمياه الجوفية طبقا للمذهب الحنفى على النحو التالى :ــ .

١ ــ المياه الجوفية اللازمة للجماعة تعتبر ملكية عامة ولا تباع،وتطم الآبار التى يكون مالكها مجهولا (م ١٢٣٥) .

٢ ــ يجوز لمن يملك بئرا فى أرضه أن يمنع أى شخص من أن ينتهك حرمته بقصد الشرب مالم يكن هناك مورد عام آخر للشرب . وحريم البئر ملك خاص لمالك البئر ولا يجوز لأى شخص أن يهيمن عليه بأية صورة كانت . فإذا حفر المرء حفرة فى حريم غيره جاز لمالك الأرض أن يطمها ولايجوز لحريم بئر جديدة أن يتعدى على حريم بئر سابقة (م ١٢٨٧) .

٣ ــ إذا حفرت بئر خارج حريم بئر أخرى وسالت مياه البئر القديمة إلى البئر الجديدة فلا ضير فى ذلك ، ومن يحفر فى ملكه بئرا لا يكون لبئره حريم . ومن ثم فإن الجار يستطيع أن يحفر بئرا مجاورة فى ملكه ولا يملك صاحب البئر الأولى أن يمنعه ولو كانت ستستجر ماء بئره (م ١٢٩١) .

وجدير بالذكر أن أحكام النظرية الإسلامية بالنسبة للمياه عموما والمياه الجوفية على وجه الخصوص ليست قاصرة على المسلمين وإنما يخاطب بها الإنسان وتتغيا الإنسانية جمعاء فهى حقوق لكافة البشر (انظر Ludwik A., Telcaff and Albert Euiton-International Groundwater Law, Oceand Publications, 1981, p..34).

وعلى الرغم من أننا لا نستطيع أن نقول إن أحكام القانون الدولى المعاصر قد تبلورت فى شأن المياه الجوفية إلا أننا يمكن أن نحدد ملامح الاتجاهات الرئيسة فيما يلى :

١ ــ هناك اتجاه يذهب إلى أن الدولة تتمتع على إقليمها بسيادة مطلقة وانها تمارس هذه السيادة على مايحتويه الإقليم من مياه جوفية ، وتبعا فللدولة حرية استخدام مياهها الجوفية كما يحلو لها بغض النظر عن أثر ذلك على إقليم الدولة المجاورة . ويطلق البعض على هذا الاتجاه مسمى « مذهب هارمون Harmon » نسبة إلى هارمون المدعى العام الامريكى الذى دافع عن هذا الرأى سنة ١٨٩٦ فى نزاع مع المكسيك حول نهر (أو ريو) جراندى .

٢ ــ وهناك من يرى رأيا مقابلا لما أسلفت فيذهب إلى أن مكمن المياه الجوفية ــ بسبب السيولة الطبيعية ــ هو جزء من إقليم الدولة وتبعا فلا يجوز أن تقوم دولة يمر تحت اقليمها بإعاقة هذه السيولة ولا أن تتحكم فيه وحدها وإلا كان هذا انتهاكا لوحدة المكمن الإقليمية .

وطبقا لهذا الاتجاه فإن دولة المكمن العليا يمكن أن تستفيد استفادة معقوله من المياه التى توجد بإقليمها رهنا بألا تغير من سيولته الطبيعية فى إقليم دولة أخرى .

ويؤخذ على هذين الاتجاهين أن تطبيق أى منهما على المياه الجوفية لا يقدم أحكاما مناسبة لحل المشكلة . فالأول يغرق فى الاستقلالية والثانى ذو سمة فوضوية ، وفى كلا الاتجاهين ترتفع المصالح الذاتية والأنانية إلى مستوى

المبادىء القانونية . ولذا برزت اتجاهات أخرى تتوسط بين هذين الاتجاهين المتغاليين وتنطلق من مدرك السيادة الإقليمية المحدودة على الموارد المائية المشتركة من حيث أن ممارسة كل من الدول المعنية لسيادتها على المورد المائى يمكن أن يوفق بين المصالح المتضاربة . ولعل أهم هذه الاتجاهات التوفيقية هي :ـ

١ ـ نظرية التوزيع المقسط أو المصالح الجماعية وتقوم على أن المياه الجوفية إذ تتحدى بطبيعتها الحدود السياسية تعتبر وحدة اقتصادية بغض النظر عن الحدود السياسية وتبعا فإن مياه المكمن تعود إلى الدول المتعلقة عليه . ولهذه النظرية ميزة أنها تفرض نوعا من التعاون بين الدول ذوات المصلحة وتكافلها فى تطوير متكامل للمكمن ..

٢ ـ نظرية الاستخدام المقسط ، وتسعى تلك النظرية إلى تقويم المصلحة التى تعود إلى كل دولة بالمقابلة لما قد يصيب الدول الأخرى من أضرار ، وتأخذ فى ذلك مايسمى بقواعد هلسنكى . وتقوم تلك القواعد على العناصر التالية :

أ ـ جغرافية الحوض ب ـ العلاقة بين مياه السطح ومياه الجوف. ج ـ الاستخدامات السالفة لمياه المكمن . د ـ الحاجات الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة متعامدة على المكمن . هـ ـ مقارنة نفقات الوسائل البديلة لإشباع حاجات الدولة ومدى توافر موارد أخرى . و ـ تجنب التبريد الذى لا مبرر له . ز ـ مدى فعالية التعويض . ح ـ الاتفاقيات المسبقة بين الدول المعنية .

ولعلنا نلحظ مدى التقارب بين هذه الاتجاهات والنظريات وبين النظريات التى أسلفتها بشأن المياه السطحية التى تجرى بها الأنهار . بيد أننا لا نتكلم هنا عن مبادىء قانونية حظيت باعتراف دولى بالمعنى الصحيح وإنما نعرض لتصورات تنسيقية أو تفسيرية نستمدها من سلوك بعض الوحدات الدولية .

والآن أين تقف النظرية الإسلامية بين هذا الجدل الفقهى ؟. أرى ان الإجابة على هذا السؤال تقتضى منا أن نبدأ أولا بتفهم مدرك « الحريم » وتحديد الأحكام الخاصة به .

والحريم هو ماتمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور وإن حصل أصل الانتفاع بدونه . وللحريم أنواع اختلف الفقهاء فى أمرها ، فهناك من ذهب إلى تحديد هذا الحريم بمسافات تقاس بالذراع وتتراوح بين ٢٥ ذراعا وتصل إلى خمسمائة ذراع . وهناك من قدر الحريم بالقدر الذى يحتاجه صاحب البئر أو العين للانتفاع بها ولا يستضر بأخذه منها . بل إن فريقا ثالثا ترك تحديد الحريم لحكم العرف ، وذهب فريق رابع إلى أن الحريم هو ماتحتاج إليه فى ترقية مائها عنها فإن كان بدولاب فقدر الثور وإن كان بساقيه فتعد به طول البئر ، ولكن ما الحكم لو ان السقى — كما هو الآن — اصبح بآلة ميكانيكية . الحق أن هذه التقديرات الجزافية تتفق مع المعرفة العلمية التى توفرت للمسلمين وفقهائهم وقتئذ بالنسبة لقياس حجم المكامن المائية الجوفية وتقويم حاجة صاحب البئر أو العين من تلك المياه بحسب نوع الاستخدام الذى يحتاج فيه إلى ماء البئر أو العين . ولكننا نستطيع اليوم بفضل ماتوصلنا اليه من تقانة أن نقدر حجم المكمن بدقة وأن نرسم علاماته على الأرض فى مواقعها الصحيحة ، وتبعا احتساب مقدار مايخصص منها لصاحب البئر أو العين بالنسبة لاستخدام بذاته ، فيكون ذلك أساس تحديد أبعاد حريم البئر أو العين على اليابسة . وإذن فحق الدولة فى حريم بئر احتفرتها أو عين استنبطتها لمائها يمكن تحديده وبيان علاماته على هدى من الحقائق العلمية التى تكشف عنها التقانة الحديثة بالنسبة للمكمن المائى المعنى . ويحدد حق الدولة فى الحجم الذى جرى به العرف الدولى فى مثل الحالة المبحوثة ، فإن لم يكن هناك عرف تحدد بمقدار حاجة صاحب البئر أو العين للانتفاع بالمياه انتفاعا مجديا . ويمكن أن يكون هذا هو التطبيق العصرى للحديث الذى جاء فى سنن ابن ماجه والقائل « حريم البئر بشأنها » .

ولذا لا أرى داعيا لأن اشتت فكر الباحث بذكر المسافات المتعددة التى قال بها الفقهاء ـــ على اختلاف بينهم فى هذا الخصوص .

ولكن كيف نحدد حق الدولة أصلا بالنسبة لبئر ماء أو عين بذاتها ؟

إن القول عندى إن الأحكام التى قال بها الفقهاء عن البئر التى تحفر فى الأرض أو العين التى تستخرج فى الأرض الموات يطبق فى القانون الدولى على البئر التى تحفر أو العين التى تستخرج فى إقليم لا سيد له . ومن ثم فإن للدولة التى تحتفر بئرا أو تستخرج عينا فى إقليم لا سيد له أن تمتد بسيادتها على جزء من رقعة ذلك الإقليم بما يتفق والحجم الذى تحتاجه من مكمن الماء الذى يمد البئر أو العين لأن الأرض فى القول الذى اعتمده فى النظرية الإسلامية تتبع فى حكمها ـــ كما اسلفت ـــ حكم المياه الجوفية التى تسفلها . ومن ثم فإن المياه الجوفية هنا تعد صورة من صور وضع اليد التى تكسب الدولة الحافرة أو المستخرجة ملكية الإقليم استنادا إلى الحفر أو الاستخراج ويسرى ذلك على حالة حفر بئر نضبت بتجديدها وعمارتها .

بيد أن احكام الانتفاع بمياه البئر أو العين تتوقف على مقصود الدولة من حفر البئر أو استنباط ماء العين .

فإن كانت قد حفرت البئر لانتفاع جميع الدول بها فإن حكمها يكون حكم البئر التى حفرت للسابلة ، وإن كانت قد حفرتها لتختص هى بها فإن حكمها يكون حكم البئر التى حفرت لارتفاق الحافر بها . وقد اسلفت تلك الاحكام فى بداية هذا المبحث فلا داعى لتكرارها هنا .

أما العين التى تكون فى إقليم لا سيد له فهى بين أن تكون مما أنبع الله تعالى ماءها ولم تستنبطها الدولة وهذه حكمها ـــ كما قلت ـــ حكم ماأجراه الله تعالى من الأنهار ، وبين أن تستنبطها الدولة ، وعندئذ تكون ملكا للدولة التى استنبطتها وتملك معها حريمها ، وللدولة سوق مائها حيث تشاء وكل ماجرى فيه ماؤها ملك وحريم لها . (صاحب البئر عند الشافعى والقاضى لا يملك حريم البئر) .

ومادام الأمر كذلك فإنه لايجوز لدولة أخرى فى نطاق ما للبئر أو العين من حريم أن تحفر بئرا أو عينا أخرى فإن فعلت كان للدولة الأولى أن تطم البئر أو العين ، أى تغلقها . أما إذا جرى الحفر أو الاستنباط خارج ذلك الحريم فإن الرأى الذى اعتمده هو جواز ذلك ولو ترتب عليه التأثير على مياه البئر أو العين الأولى . ولمالك رأى مخالف فهو يرى تقرير الأفضلية للبئر الأولى ويقول إذا نضب الماء إلى البئر التالية أو تغير بها منع منها وطمست . وكأنى بالنظرية الإسلامية تأخذ فى خصوص الآبار والعيون التى تكون فى إقليم لا سيد له — على ماأرجح — بمذهب التوزيع المقسط للمياه .

أما إذا كان الحفر أو الاستخراج داخل إقليم الدولة وكان المكمن الجوفى ممتدا إلى خارج حدود الدولة فى إقليم الدولة المجاورة ، فإن السؤال هو هل يمتد حق الدولة كذلك فى الحريم إلى خارج اقليمها بامتداد ذلك الممكن ؟

إن بعض ماقاله الفقه التقليدى يمكن أن يفهم على أن حق الدولة يتبع المكمن ولو فى إقليم الدولة المجاورة وتكون المياه شركة بين الدولتين ، فقد نقل يعقوب بن بختان عن أحمد أنه سئل عن رجل له أرض ولآخر ماء فقال صاحب الأرض لصاحب الماء سق ماءك إلى أرضى والزرع بيننا قال : لا بأس به فقد أجاز الشركة فى الماء لأن الشركة هنا معارضة بالماء لما يحصل له من زرع .

ولكن المشكلة تثور حقا عندما تحفر الدولة المجاورة بئرا فى إقليمها فيترتب على ذلك إضرار بالبئر الاولى ، وفى هذا رأيان :

• رأى يقول لا تسد هذه من أجل تلك ، فهذه فى ملك صاحبها ، وهذا هو الرأى الذى أخذت به مجلة الاحكام العدلية وهو رأى يتفق مع نظرية السيادة المطلقة حيث يكون لكل دولة الحق فى أن تتصرف فى الشطر من المياه الجوفية التى فى إقليمها دون اعتبار لمصالح الدولة المجاورة . وكان أبو سفيان يقول يحدث الرجل فى حده ماشاء وإن اضر ذلك بجاره لأنه لا حريم للآبار فى الأمصار وإنما ذلك فى البوادى والمفارز .

• ورأى يرى أنه لا يجوز للدولة المجاورة أن تحفر بئرا إلى جانب البئر الأولى . وقد صرح به فى رواية الميمونى فقال عن الشعبى إنه حدث فى قاض قضى بين

رجلين لكل واحد منهما بستان إلى جانب صاحبه فاحتفر أحدهما فى بستانه بئرا فساق ماء بئر بستان جاره فقضى أن تسد بئر هذا فإن رجع ماؤه فذاك وإن لم يرجع كلف أن يخرج ما ألقى فى بئر جاره فقال الشعبى أصاب القضاء وأعجب أحمد قضاؤه وهو اختيار أبى بكر . وذلك رأى يتفق مع نظرية التكامل الإقليمى غير المحدد التى تمنع على الدولة الغير أن تعوق سيولة مياه المكمن داخل الدولة الأولى . وهذا يتفق مع الحديث الشريف « من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو له » . (الجامع الصغير بشرح المقريزى — ج ٢ ، ص ٣٢١) .

بيد أننا إذا انعمنا النظر فى الآراء الفقهية نجد أن اختصاص الدولة بمياه البئر أو العين فى إقليمها يعطيها حقا خالصة فى أن تستفيد بمياه البئر أو العين فى اشتداد حاجاتها وإشباع مصالحها وذلك على سبيل الأفضلية والتقدم على غيرها فإن فاض عن حاجتها فائض فإنها لا تستطيع أن تمنعه على الدول المجاورة . ومن ثم فإن حفرت الدولة المجاورة بئرا أو استنبطت ماء عين فإن لها أن تستخدمها فى حدود مايفيض على حاجة الدولة الأولى . وإذن فمجرد نقص الماء فى البئر أو العين الأولى لا يعتبر سببا فى ذاته لأن نطم البئر أو العين الثانية وإنما تحقق الضرر فعلا هو الذى يرتب الحق فى إغلاق البئر أو العين الثانية أو اجبار الدولة على ألا تستغل البئر أو العين فيما يمس مصالح الدولة الأولى . وتلك نتيجة تتفق مع المبدأ العام وهو تبعية الأرض للمياه ، ذلك أن الدولة الأولى بحفرها للبئر أو استخراجها لماء العين قد امتدت بحقها على المكمن ولو كان مشتركا مع دولة أخرى وتقرر لها بذلك حق أفضلية على مياه ذلك المكمن المختزنة فى أرض الدولة المجاورة وفى تقويم حدود هذه الأفضلية يقاس حق الدولة الثانية فى استغلال المكمن . وفى قول آخر فإن المكمن يرد عليه حق افضلية للدولة الأولى وحق ارتفاق بالفائض للدولة الثانية .

بيد أن الدول يجب ألا تتعسف فى استعمال حقها وتتقى الله ربها فقد قال سبحانه فى حق من دخل جنته وهو ظالم لنفسه « أو يصبح ماؤها غورا فلن تستطيع له طلبا » (الكهف / ٤١) .

الفصل الثانى
فى
أحكام البحر

مبحث تمهيدى
فى
أفكار عامة

البحر فى لغة العصر :

البحر — فى لسان العرب — هو الماء الكثير أجاجا كان أم فراتا . ولذا نجد المعنيين فى الأدب العربى ، فهناك من أسمى المياه العذبة بحرا وهناك من قصر البحر على الماء الملح . وقد نلاحظ أن القرآن الكريم أقر المعنيين معا كما فى قوله عز وجل « مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » (الفرقان / ٢٥٣) . ولعل الوحى الكريم قصد بهذا الازدواج فى المعنى تبيان إعجاز القدرة الإلهية حيث تلتقى مساحات من الماء فى بحر ولكن شطرا منها عذب والآخر ملح فهو من شقين يتمايزان من حيث الخصائص والصفات .

وقد استقر — فى مدرج القانون — مصطلح البحر على البحر الملح فكانت الملوحة سمة من سمات البحر بمقصوده القانونى . بيد أن الملوحة لا تكفى لوصف المسطح المائى بأنه بحر قانونا إذ يشترط الفقهاء أن يكون سطح الماء كبيرا . ومن ثم فإن كثرة المياه سمة أخرى من سمات البحر — فى لغة القانون . وإلى هذه الكثرة تشير الآية الكريمة « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربى لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى » (الكهف / ١٠٩) والإشارة هى فى أن كثرة المياه كانت هى المعيار الذى اعتمدت عليه الآية فى بيان كيف أن كلمات الله لا تنفد .

وهناك من الفقهاء من يشترط إلى جانب الوصفين السابقين ـــ الملوحة والكثرة ـــ وصفا ثالثا هو أن تكون مسطحات المياه وحدة جغرافية تتكامل فى اتصال طبيعى .

وعندى أن اصطلاح « البحر » يجمع عمود الماء ومايسفله من تربة ، وفى فهمى أن هذا ايضا هو المعنى القرآنى للمصطلح . ذلك أن الله تعالى يقول « مرج البحرين يلتقيان بينهما برزخ لا يبغيان فبأى آلاء ربكما تكذبان ، يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان » (الرحمن / ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢) . ذلك أن الآية تشير إلى أن اللؤلؤ والمرجان يخرجان من البحر . فدلت بذلك على أن مصطلح « البحر » ينصرف إلى القاع كما ينصرف إلى اليم لأن اللؤلؤ والمرجان يوجد فى قاع البحر وليس فى عمود الماء .

والحق أن أحكام البحر كانت واحدة بالنسبة للسطح والقاع وقتما كان القاع لا يمثل أهمية جدية للجماعة الدولية بسبب تواضع المعرفة الإنسانية التى لم تكن تسمح إلا بقدرات محدودة للاستفادة بقاع البحر ـــ وفى أماكن قليلة ـــ عن طريق صيد اللؤلؤ والمرجان والإسفنج والعنبر . فلما ارتقت التقانة وفتح التقدم العلمى مناحى فى قاع البحر كانت دون قدرة الإنسان كان لابد من أن تواجه الأوضاع الجديدة بما يتفق معها من أحكام ، ومن هنا بدأت قواعد القانون الدولى تفرق فى الحكم بين سطح البحر وقاعه ولكنها ظلت جميعا ـــ مع هذا التمايز ـــ تدور فى فلك عام واحد هو فلك القانون البحرى . ذلك أن القانون الدولى البحرى ، هو الذى ينظم الأحكام بالنسبة للسطح والقاع . بيد أنه قد يوحد تلك الاحكام بالنسبة لشطرى البحر هذين أحيانا وقد يغاير بينهما أحيانا . ذلك أن البحر الذى تعتبر وحدته الجغرافية شرطا لإضفاء المسمى عليه إنما ينشطر إلى أقسام لكل قسم منها أحكام . وفى هذه التقسيمات قد يكون للسطح حكم وللقاع حكم آخر . ولا أريد هنا أن أخوض فى الخلاف الفقهى حول الأقسام التى يمكن أن ينقسم اليها البحر بعد أن حسمت اتفاقية مونتيجو هذا الخلاف بتقسيمات أقرتها . وينقسم سطح

البحر — فى أحكام تلك الاتفاقية — إلى مياه داخلية ومياه ساحلية ومنطقة متاخمة ومنطقة اقتصادية وبحر عال . أما قاع البحر فينقسم إلى قاع للمياه الداخلية ، وآخر للمياه الساحلية ، وثالث للمنطقة الاقتصادية ، ورابع هو الإفريز القارى الذى قد يتطابق مع قاع المنطقة الاقتصادية وقد يتجاوزه فيمتد تحت مياه البحر العالى ، وخامس هو منطقة التراث المشترك . وهكذا نجد أن البحر الداخلى والساحلى والمنطقة الاقتصادية تتوحد فيها الأحكام بالنسبة للسطح والقاع أما المنطقة المتاخمة والبحر العالى فإن أحكام السطح فيهما تختلف عن أحكام القاع . وعندما أتكلم عن القاع أقصد تربة البحر والتحتربة .

ويؤسفنى أن أشير هنا إلى أن الفقه العربى — على خلاف الفقه الغربى — لم يستقر على كثير من التعبيرات بالنسبة لأقسام البحر المختلفة . ويقف اللسان العربى المبين الذى نظلمه حائرا أمام هذا الخلاف ، فنجد مثلا أن الفقه الغربى يستعمل اصطلاحا واحد هو Continental shelf فى الانجليزية ومصطلح plateau continental فى الفرنسية مقابل اكثر من خمسة تعبيرات فى الفقه العربى لهذا المصطلح ، فمنهم من يقول الرصيف القارى ومنهم من يقول الهضبة الساحلية وفريق ثالث يستخدم تعبير « الجرف القارى » ورابع يتمسك بمصطلح « الامتداد القارى » . ولو أن المختلفين أنصفوا لانتهوا إلى تعبير واحد ذلك أن الذين قالوا بالرصيف القارى إنما يتأثرون بالتعريف الجيولوجى الذى عفى عليه الزمن فى الدراسات القانونية ويبعدتماماعن مفهوم المنطقة المقصودة فى أحكام القانون الدولى المعاصر ، والقائلون بتعبير « الهضبة الساحلية » إنما أرادوا ترجمة المصطلح الفرنسى ولكنها جاءت ترجمة بعيدة عن الدقة . أما الجرف القارى ، وهو التعبير الذى يلقى قبولا لدى جمهور الفقهاء واختارته اتفاقية مونتيجو.فتعبير يتنكر للغة العربية لأن القائلين به لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث عن المعنى اللغوى للتعبير ، ذلك أن الجرف لغة هو السهل الذى يجرى الماء من تحته ومن ثم فإن الماء يجرفه — فهو جرف — ولذا فهو بطبيعته يوشك أن ينهار ، وإلى هذه الحقيقة تشير الآية الكريمة « أم من أسس بنيانه على شفا

جرف هار فانهار به » (التوبة / ١٠٩) . فيكف يطلق التعبير إذن على منطقة يعلو فيها الماء اليابسة ولا يسفلها . وهكذا قلب أصحاب هذا التعبير الحقيقة العلمية رأسا على عقب ورضوا بما وجدوا عليه أباءهم من خطأ محزن . بقى الامتداد القارى وهذا ماعزفت عنه لأن الأمتداد القارى يختلف عن المنطقة المقصودة ولذلك يعبر الفقه الغربى عن الامتداد القارى بمصطلح epicontiental ، أما مانحن بصدده فله مسمى آخر كما أسلفت . لكل هذا انتهيت إلى اقتراح تعبير عربى يتفق معناه اللغوى مع مقصوده القانونى ويتجنب المثالب التى تعيب المصطلحات الأخرى ، ذلك هو مصطلح « الإفريز القارى » .

كذلك فإنى أرى — فى تقسيم سطح البحر — أن نحسن استخدام المصطلحات ولذا فإنى اقتراح استخدام التعبيرات التالية :

١ — المياه الوطنية ، وتشمل المياه الداخلية والبحر الساحلى لأن كليهما يخضع للسيادة الوطنية للدولة . وهذا يخالف مايذهب إليه الجمهور من اطلاق « المياه الوطنية » على المياه الداخلية فحسب .

٢ — البحر الساحلى بدلا من البحر الشاطىء أو البحر الاقليمى . ذلك أن الساحل هو حد البحر أو النهر أما الشاطىء فقد يكون للوادى وقد يكون للبحر ، وفى ذلك يقول القرآن الكريم « فليلقه اليم بالساحل » (طه / ٣٩) أى ساحل البحر . ولكنه لم يقل ساحل البحر لأن لأن الساحل لا يكون الا للبحر .

ويقول « فلما أتاها نودى من شاطىء الوادى الأيمن فى البقعة المباركة » (القصص /٣) وكأن التنزيل الكريم قد فضل الشاطىء بالنسبة للوادى ثم إنه أورد لفظة « الوادى » بعد لفظة « الشاطىء » لتحديد المقصود من الشاطىء .

أما البحر الإقليمى فتعبير قد تكون له مبرراته فى أوائل ظهور القانون الدولى إذ هو بذلك يدل على منطقة من البحر تخدم الإقليم . أما

اليوم وقد تجاوزت منطقة البحر التى تخدم الإقليم هذا الحزام فامتدت إلى المنطقة المتاخمة ثم المنطقة الاقتصادية فلا يبق إلا التعبير الأكثر دقة وسلامة وهو الذى اخترته أى « البحر الساحلى » .

٣ ــ كذلك أفضل استخدام مصطلح « البحر العالى » لأن تعبير « البحر المفتوح » ليس دقيقا ، ذلك أن البحر الساحلى أيضا يمكن أن يعد بحرا مفتوحا من حيث انه مفتوح للمرور البرىء ، كما أن تعبير البحر العام لا يعنى مدلولا قانونيا محددا . والحق أن الفقه الغربى يكاد يجمع على استخدام تعبير high sea وهو التعبير الذى أرجح مقابله باللغة العربية .

إن قصور النظرية الإسلامية التقليدية عن أن تناقش أحكام البحر بأقسامه المتعددة التى أشرت اليها آنفا له مبرره ، ذلك أن تلك التقسيمات لم تعرف فى العلاقات الدولية إلا فى العصور الأخيرة . ولعل بداياتها الأولى كانت مع الخلاف الذى دار بين جروسيوس وسلدن حول حرية البحر وإغلاقه . وذلك جدل سبق فيه الفقه الإسلامى عندما ناقش،قبل عصر الفقيهين الغربيين بقرون ، طبيعة البحر الملح ككل وهل يعتبر إقليما بلا سيد أم اقليما إسلاميا أم جزءا من دار الحرب . ولم يكن جروسيوس بعيدا عن النظرية الإسلامية التقليدية عندما دافع عن حرية البحر المفتوح ، ذلك أن الفقهاء المسلمين انتهوا إلى تطبيق حكم الحديث الشريف عن شركة الناس فى البحر فاعتبروا أنه شركة بين الناس ، وهذه الشركة تقتضى أن يفتح البحر للجميع . بيد أن هؤلاء الفقهاء لم يحسنوا اختيار القواعد التى تطبق على البحر عندما قالوا بتطبيق أحكام الأنهار على البحار . وقد يكون لهم عذرهم فى هذا لأنهم لابد قد صدروا فى رأيهم عن نظرتهم وقتئذ فى تقسيم العالم إلى دار اسلام ودار حرب فتصوروا أن النهر يجرى كله فى احدى الدارين . أما اليوم وقد انقسمت الكرة الارضية إلى قرابة مائتى وحدة سياسية فان النظرة لابد أن تتغير والحكم يجب أن يتبدل لأن طبيعة النهر تخالف طبيعة البحر فالنهر الدولى يجرى فى إقليم اكثر من دولة وهو عنصر سيال ينتقل من إقليم إلى آخر على نحو متواصل ، أما البحر فيحيط بعدة دول أو أن تلك الدول تحيط به وهو حزام لتلك الدول يضاف إلى اليابسة . وتبعا فإن

تغاير الوضعين لا يتسق مع توحيد القواعد وتماثل الأحكام لأن القياس عندئذ يفقد أساسه ويفتقر إلى حكمته . صحيح أن البحر والنهر مياه فهما يشتركان فى الشيوع المادى وأن هذه الشركة قد تخلف بعض الأحكام المتماثلة ، ولكنها لا تعنى أن تكون كل الاحكام واحدة .

وأيا كان الأمر فإن القضية الآن هى بحث ماإذا كانت النظرية الإسلامية يمكن أن تتسع لتقسيم البحر إلى مناطق لكل منها حكمها ونظامها ؟ إننا إذا انطلقنا من قاعدة أن الناس شركاء فى مياه البحر فإن معنى ذلك فى القانون الدولى أن اشخاص الجماعة الدولية شركاء فى مياه البحر وعندئذ لا تملك دولة أن تدعى حقا استثنائيا على أية منطقة من مناطق البحر من حيث أن مياه البحر تجرى عليها الإباحة ، والإباحة تثبت حق الانتفاع بالمياه لسائر الناس ويستوى فى ذلك المسلمون وغيرهم . وينزل الانتفاع بمياه البحر منزلة الانتفاع بالشمس والهواء ولذا لا يجوز من حيث المبدأ لدولة أن تحجرها كما لايجوز لدولة أو مجموعة من الدول أن تقطعها . والنظرية الإسلامية فى هذا أكثر حسما من النظرية المعاصرة لأنها ترفض الإقرار بشرعية التصرفات الفردية التى قد تنطوى عليها ادعاءات بعض الدول وتقبل ماتزعمه الأقلية من حقوق استثنائية تناقض تلك الإباحة ، ولى فى ذلك قول يلى ، ولكن هل يجوز للجماعة الدولية أن تتفق على نظام تتقاسم فيه بعض مناطق البحر وتتهايأ فى استخدام البعض الآخر ؟ إن الجواب على ذلك يقتضى فى مفهومى أن نبحث أولا فيما إذا كان البحر مالا دوليا متقوما ، فإن صح أنه مال دولى متقوم جاز لصاحب الحق — وهو الجماعة الدولية — أن تتفق على كيفية الانتفاع بمياهه .

البحر : هل هو مال متقوم فى الشريعة الإسلامية ؟

تباينت صيغ الفقهاء المسلمين فى تعريف المال ، ولكن خلافهم كان خلافا فى المبنى وليس خلافا فى المعنى ، فهم جميعا يتفقون على أن المالية تتحقق بتوافر عنصرين :

أ ـــ أن يكون للشيء قيمة بين الناس ، أو الدول فى القانون الدولى (التمول) .
ب ـــ أن تكون تلك القيمة ناتجة عن أن الشيء يمكن الانتفاع به انتفاعا مشروعا (إباحة الانتفاع شرعا) .

والبحر من وجهة نظر القانون الدولى ينطبق عليه الشرطان فهو دو قيمة للدول وقيمته ناجمة عن إنتفاع مباح فى الملاحه ، « وله الجوار المنشئات فى البحر كالأعلام » (الشورى /٣٢) ، وفى استخراج المعادن « يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان » (الرحمن /٢٢) وغير ذلك كثير ، « والبحر المسجور » (الطور /٦) .

البحر فى النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد :

البحر المحيط عند الفقهاء المسلمين هو البحر المستدير بالقدر المكشوف من الأرض وفيه ضربان :

١ ـــ بحر أوقيانوس (وتقابل اللفظة الإفرنجية ocean) وهو المساحة من المياه المالحة التى يتصل بعضها بالبعض الآخر اتصالا حرا ، ولذا يصفه القلقشندى بأنه ماجد فى الامتداد من سواحل بلاد المغرب الأقصى إلى جهة الجنوب ثم يمتد جنوبا على أرض خراب غير مسكونة أو مسكونة حيث تجاوز خط الاستواء إلى الجنوب . وقال الشريف الإدريسى وماؤه هناك ثخين غليظ الملوحة لا يعيش فيه حيوان ولا يسلك فيه مركب . ثم يعطف إلى جهة الشرق من وراء جبال القمر ويمتد شرقا على ارض خراب وراء بلاد الزنج ثم يمتد شرقا وشمالا حتى يتصل ببحر الصين والهند ثم يأخذ شرقا حتى الأرض المكشوفة ثم يغطيه شرق الصين إلى جهة الشمال ، ثم ينعطف ويستدير على أرض غير معلومة الأحوال ويمتد على غرب الأندلس جنوبا حتى يجاوره وينتهى إلى زقاق .... » .

وبدهى القلقشندى وصف حدود البحر كما كانت معلومة فى عصره وهى

تدل على أنه قصد بالبحر ــ فى عمومه ــ مانقصد إليه الآن بلفظة « البحر » دون تقييدها بوصف . والذى يهمنى هنا هو أن استنبط المفاهيم التالية من ذلك الوصف : (١) تتصل مسطحات مياه البحر «الأوقيانوس» اتصالا طبيعيا ، وهذا مايستفاد فى رأيى ــ من الآية الكريمة « والبحر يمده من بعده سبعة أبحر » (لقمان /٢٧) ، ذلك أن هذا الامتداد لا يكون إلا بالاتصال ، وأنه يمثل مساحات شاسعة من الماء وهذا الاتساع الكبير للبحر تدل عليه الآية الكريمة « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربى » فاختيار البحر للدلالة على عدم نفاد كلمة الله يدل بمفهوم الإشارة إلى أن الاستشهاد جاء بالبحر نظرا لما يحتويه من كميات شاسعة من المياه .

٢ ــ الضرب الثانى هى البحار فى اقطار الأرض ونواحى الممالك ، وهى بدورها على ضربين :

أ ــ الخارج من البحر المحيط ومايتصل به وهذا التصور أقرب مايكون اليوم لما نسميه بالبحار شبه المغلقة ولذا يحصرها فى ثلاثة ــ حسب معرفته عندئذ ــ بحر الروم وبحر الصين والبحر المتوسط .

ب ــ ماليس له اتصال بالبحر المحيط ، مثل بحر الخزر وهى البحار المغلقة كاملة . ويسمى بحر جرجان لوقوع مدينة جرجان عليه ، وبحر طينيه وشآيين وبحر طبر ستان لوقوع ناحية طبرستان على ساحله ايضا . وهذه بحار ملحة منفردة ضمن البحار لا اتصال لها بغيرها البتة .

ومن ثم فإن التعريف القانونى للبحر فى النظرية الإسلامية لا يختلف عنه فى النظرية الحديثة سوى أن من القراء من يجرى المقارنة بين النظامين ــ الإسلامى والإفرنجى ــ دون أن يقيم وزنا لذاتية النظرية الإسلامية وتفردها . ومن ثم كان حق الجماعة الدولية هى الترجمة القانونية للحديث الشريف « الناس شركاء فى ثلاث : الماء و الكلأ والنار » بالنسبة لمياه البحر . إن هذه الشركة تخرج البحر المالح كليا أو جزئيا عن الإباحة الشرعية لدولة ما بذاتها . إلا أن اختصاص الجماعة الدولية بالبحر الملح اختصاص حاجز له سلطة على الاستبداد .

وإذن فالبحر الملح مال دولى متقوم تملكه الجماعة الدولية شركة بين أشخاصها . ويمكن أن نستعير من أحكام الملكية الجماعية فى الشرعية الإسلامية قواعد تنظم الملكية الشائعة للجماعة الدولية . وأهم مااستعيره هنا قاعدتان :

أ ـ تخرج مياه البحر الملح التى تعود إلى الجماعة الدولية عن ملكية الدول فرادى لأنها لا يمكن أن تؤدى مقاصدها فى ملكية الدولة منفردة .

ب ـ إذا أقطعت الجماعة الدولية دولة ما جزاء من البحر المشترك فإن هذا يكون اقطاع منفعة لا إقطاع تمليك . (قارن على الخفيف ـ الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، الجزء الثانى ، ص ١٢٨ ومابعدها) .

وعندئذ تتقيد الدولة التى يجرى لها الإقطاع فى الانتفاع بما اقتطع لها بالقيود التالية :

أ ـ احسان الانتفاع والتصرف فى المال فلا تضيعه ولا تتلفه ولا تنتفع به فيما لا خير فيه .

ب ـ ضرورة استثمار المال وعدم تعطيل الانتفاع .

ج ـ الالتزام بقواعد الشريعة الناظمة للاستثمار والاستغلال .

إن تطبيق ماسبق يعنى أن البحر الملح جميعه يخرج عن سيادة الدول فرادى ويخضع بكله أصلا لقاعدة الإباحة ولكن هذا القول يحتاج إلى تحديد ، ذلك أن الحزام البحرى الذى يحيط باليابسة لا يمكن أن يعامل معاملة باقى المساحات البحرية ولا أن يخضع للأحكام ذاتها لأن هذا الحزام يخدم اليابسة ويقوم بدور اساس فى رعاية مصالح الدولة الساحلية وحماية أمنها ، ومن ثم فإن إخضاع هذا الحزام البحرى لقاعدة الإباحة يؤدى إلى اضرار بالغ بمصالح الدول فرادى ولا يحقق صالحا مقابلاً للجماعة الدولية . إن هذه الضرورة الاقتصادية والأمنية تبرر اجتزاء هذا الحزام البحرى ـ بوصفه حريما لليابسة ـ من تطبيق حكم الشيوع الدولى وصرف الجزء منه الممتد من ساحل كل دولة إلى تلك الدولة الساحلية . وبدهى كذلك أن المياه الداخلية للدول التى تكون جزءا من

إقليمها لا تخضع لقاعدة الشيوع الدولى ، ولذلك فإن المياه الوطنية ــ الساحلية (الحريم) والداخلية ــ هى وحدها التى تخضع للسيادة الاقليمية أما ماعداها فإن للدولة عليها ولاية فحسب ــ أى نوعا من حق المنفعة تختلف حدوده .

أقسام البحر فى النظرية الإسلامية :

وعلى هدى مما سبق انتهى إلى القول بأن الحزام الساحلى من البحر الملح يخضع لسيادة الدولة الساحلية أما باقى مسطحات البحر الملح فهو شركة بين الدول وتحكمه أساسا قاعدة الإباحة .

بيد أن الدول تستطيع أن تتفق فيما بينها على ممارسة تلك الشركة وتطبيق قواعد تحقق تلك الإباحة . وكما أسلفت فإن هذه الممارسة وتلك القواعد يجب أن تنصب على المنفعة فحسب ولا يجوز أن تصل إلى حد السيادة الكاملة . ومن هنا أقول إن القواعد التى توصلت إليها الجماعة الدولية فى تقسيم البحر الملح ــ سطحا وقاعا ــ إلى ماأسلفت من أقسام يمكن أن تعتبر بمثابة اتفاق بين الدول تحكمه ــ فى العموم ــ فكرة الإباحة بمعنى أن تفسر السلطات أو الولاية التى تمارسها كل دولة على حدة تفسيرا مضيقا . وإذا لم يوجد حكم فإننا نعود إلى قاعدة الإباحة لتنظيم العلاقة . ونظرا لأن هذا الاتفاق لايحلل حراما ولا يحرم حلالا فإنه اتفاق مقبول بنظرتها الخاصة . ولعل اهم مابين النظرتين من فروق يتمثل فى أمرين :

(١) عرفت النظرية الإسلامية التقليدية البحر بمختلف مسطحاته بينما عرفته النظرية المعاصرة بالإشارة إلى تقسيماته .

(٢) لم تفرق النظرية الإسلامية فى الأحكام بين مختلف أقسام البحر الملح ، اللهم الا فيما يتعلق بما إذا كانت تدخل ضمن دار الإسلام أو لا تدخل ، وهو تقسيم أقرب مايكون إلى تقسيم البحر إلى بحر وطنى وبحر حر .

ومن ثم فلا مانع من حيث الأساس من أن تقر النظرية الإسلامية تقسيما

للبحر الملح يقابل التقسيم الذى تسير عليه النظرية الغربية متمثلة حاليا — فى عمومها — فيما تنطوى عليه اتفاقية مونتيجو . إن قولى هذا لا يعنى أن التماثل مطلق فى القانون البحرى بين النظرية الإسلامية والنظرية الغربية وإنما هو تماثل فى عموميات الأحكام وبعض التفاصيل ، وتوضح الدراسة التى اتناولها فيما يلى من سطور مدى ذلك التطابق .

وأقول بداءة ذى بدىء إننى يمكن أن أقسم البحر الملح — إلى جانب المياه الداخلية — إلى الأقسام التالية :

١ — البحر الحريم (البحر الساحلى) .

٢ — البحر أو المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)

٣ — البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية) .

٤ — البحر الأوقيانوس أو المحيط (البحر العالى) .

أما قاع البحر فيقسم — مقابلا للتقسيمات الدولية الجارية — وعدا قاع المياه الداخلية إلى :

١ — قاع البحر الحريم ، وهو يأخذ حكم البحر الحريم وتنطبق عليه أحكامه ، عدا المرور البرىء فهو خاص بالملاحة فى المياه .

٢ — قاع المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى ، أو التحجير .

٣ — التراث المشترك ، أو إقطاع الاستغلال .

ولما كان البحر الحريم يخضع سطحا وقاعا لأحكام عامة واحدة فإنى اناقش أحكام البحر الحريم مكتملة فى مبحث واحد ثم اتناول بعد ذلك أقسام اليم (المياه) قسما بعد آخر وأثنى عليها بأقسام القاع قسما قسما .

المبحث الأول
فى
البحر الحريم (الساحلى)

تعريف وتحديد :

تمتد سيادة الدولة الساحلية — فى الرأى الذى اعتمده ودون حاجة للدخول فى تفاصيل تتجاوز أغراض هذه الدراسة — تمتد خارج اقليمها البرى ومياهها الداخلية — ومياهها الأرخبيلية إذا كانت الدولة أرخبيلية — إلى حزام بحرى متاخم يعرف فى النظرية المعاصرة باسم « البحر الساحلى ». وتقوم فلسفة مدرك البحر الساحلى على أن الدول التى تطل على البحر قد تتعرض بسبب ذلك إلى مخاطر تضاربها مصالحها ، هذا إلى جانب ماقد يحتويه البحر المجاور من ثروات هى أحق بها من غيرها . لذا رؤى أن تمنح الدولة الساحلية امتدادا فى البحر الذى تشاطئه يخضع لهيمنتها ليكون صمام أمن يحميها مما قد يهدد مصالحها وتستطيع فيه أن تتخذ من الحيطة مايجعل هذا الحزام حجازا ضد اقتراب الخطر من سواحلها وتقارنه تبعا إلى اقليمها البرى .

وتلك ايضا هى فلسفة البحر الحريم فى النظرية الإسلامية . ذلك أن الحريم هو ماتمس الحاجة اليه لتمام الانتفاع بالمعمورة وان حصل أصل الانتفاع بدونه (مغنى المحتاج — ٢ /٣٦٣) . اى أن البحر الحريم كالبحر الساحلى — كلاهما يعين على حسن الانتفاع باليابسة المعمورة وتدعو الحاجة اليه لتحقيق ذلك الانتفاع .

امتداد البحر الحريم :

لعل أول نظرية حاولت أن تضع قاعدة تحدد امتداد البحر الساحلى — فى الفكر المعاصر — كانت نظرية مدى البصر، ومؤداها أن البحر الساحلى يمتد

إلى اقصى مدى الابصار فى يوم مشرق ثم اتجه الفقه إلى مزيد من التحديد لامتداد البحر الساحلى فاقترح بنكر شوك أن يكون مدى امتداد البحر الساحلى هو مدى قدرة الدولة على حماية ذلك البحر بقوة السلاح ـ اى مدى المدفع ـ ثم ترجمت تلك القاعدة إلى ثلاثة اميال بوصف ان هذا كان هو اقصى مدى لقذيفة المدفع وقتئذ . بيد أن مؤتمر لاهاى الذى عقد سنة ١٩٣٠ تحت اشراف عصبة الامم ترددت فيه اصوات تطالب بأن يزاد البحر الساحلى إلى ستة أميال ولكن هذه الاصوات لم يكتب لها الغلبة . فلما كان مؤتمر جنيف سنة ١٩٥٨ عادت أصوات توسعة امتداد البحر الساحلى تدق الأسماع بيد أن المؤتمر ارفض دون اتفاق على هذه النقطة ، وكذلك كان الفشل نصيب المؤتمر الذى عقد من أجل تلك الاشكال سنة ١٩٦٥ . وظلت الحال محل خلاف إلى أن عقد مؤتمر الامم المتحدة الثالث للبحار الذى استقر على تحديد مدى البحر الساحلى باثنى عشرين ميلا بحريا .

والطريف ان مدى امتداد الحريم محل خلاف كذلك فى النظرية الإسلامية ، فهناك حريم للعين والبئر ويختلف الفقهاء حياله مابين أربعين إلى ستين دراعا أو امتداد تحدده المصلحة وهناك حريم القرية المحياة وهو ناديها (كالمكة احرم مثلا) وحريم الدار مطرح رمادها وكنات ـ حريم الشمرة قدرها تمتد اليه اعضاؤها حواليها ومركض الخيل هو مكان سوقها ومناخ الابل هو الموضع الذى تناخ فيه وحريم البلد محتطبها ومرعى دوابها ، وهكذا . ولا أريد أن ادخل فى تفصيل الخلاف حول امتداد الحريم ولكنى أخلص منه إلى الافكار التالية :

١ ـ مدى امتداد الحريم محل خلاف فقهى ، ومن الفقهاء كثرة لا يحددون له امتدادا بقياس معين بل يقيم التحديد على اساس مايحتاج اليه ومافيه مصلحة عرفا ومن ثم فإن تحديد الحريم قد يكون بامتداد بذاته وقد يكون متروكا لما يحدده العرف حسبما تقتضيه المصلحة .

٢ ـ لا تقتصر فكرة الحريم على العيون والآبار بل هى ايضا للعقار كالدار

وللاقليم كالقرية والبلد ، ومن ثم فكما أن للعين والبئر ـــ وهى مورد ماء ـــ حريما فإن اليابسة كذلك يمكن أن يكون لها حريم .

ويستفاد من ذلك أن الحريم ليس مقصودا فى ذاته وانما هو لحاجة العين اليه ، ولذا فان تحديده يرتبط بما تندفع به حاجة العين اليه . وعلى هدى مما اسلفت أقول ان النظرية الإسلامية لاتفرض امتدادا بذاته للبحر الحريم وانما تترك تحديد ذلك لما تندفع به الحاجة وتتحقق المصلحة . ولكن صاحب العين (الدولة) لايملك وحده ان يقدر ذلك الامتداد أو ان ينفرد بتحديد مدى ماتندفع به الحاجة وتتحقق المصلحة وانما يتم ذلك عن طريق :

(١) ماتحدده الجماعة الدولية عرفا .

(٢) ماتتفق عليه الدول كتابة .

ولما كانت الجماعة الدولية قد انتهت فى معاهدة مونتيجو إلى تحديد مدى امتداد البحر الساحلى باثنى عشر ميلا فإنى لا أرى غضاضة فى أن نقول إن النظرية الإسلامية يمكن أن تقبل هذا الامتداد بوصف انه امتداد حاز قبول الدول وكان موضع اتفاقيا . فان زاد الامتداد عن ذلك وكان سنده اتفاقا أو عرفادوليافلابأس من أن تقره النظرية الإسلامية وإلا كان تعديا وجب رفعه . ولا يطعن على قولى هذا اننا نحدد الحريم هنا بالأميال فى حين أن النظرية الإسلامية تحدد الحريم للبئر والعين بالذراع لان القياس مع الفارق فنحن نتكلم هنا عن دول وعن اقاليم شاسعة .

رب معترض يقول ان الحريم هو تأمين للارض الموات واليابسة ليست مواتا . ولكن هذا الاعتراض يفتقر إلى الدقة لان الحريم ليس تأمينا للأرض الموات بل هو اعانة على احياء الارض الموات ولذا فانه لا يزول باحيائها بل يبقى لحسن الانتفاع بها بعدتعميرها وادن فالموات ليس ماهو فى حاجة إلى احياء فحسب بل هو مايمكن أن يصبح مواتا ان هو حرم من خدمات الحريم . ويزكى هذا الفهم المعنى المقصود فى قوله تعالى « لنحى به بلدة ميتا » (الفرقان / ٤٩) ، ومن ثم فان الحريم لا يكون فقط للاحياء بل هو كذلك

للابقاء ــ صحيح أن هذا القول قد لا يتفق مع التعريف الذى قال به الفقهاء للأرض الموات . ولكن منطلق الفقهاء فى تعريف الارض الموات كان من واقع خاص وليس من منظور دولى وهو يعادل فى القانون الدولى الإقليم الذى لا سيد له اى الانحصار فى المفهوم التقليدى ــ فإذا نحن صعدنا به إلى المستوى الدولى ــ فانه يقصر الحريم على الاقاليم التى لا سيد لها ، ولكنى أرى أن هذه النظرة الضيقة قدتوقعنا فى حرج نحن فى غنى عنه مادام اننا نبحث عن مجال المعاملات وليس العادات وقد قدمت ان البحر الحريم ضرورة لا غنى عنها حتى تستطيع الدولة أن تمارس حقها فى البقاء والا تعرضت للفناء (أى للموات) . ثم اننا عندما ننقل مدركا من اطاره المحلى كى ندرجه ضمن دائرة العلاقات الدولية فلا بد منطقا ان نطور فى المدرك بما يجعله ملائما للحياة الدولية ومستجيبا لما بين الجماعة الدولية والمجتمع الداخلى من فوارق هيكلية مادام اننا لا نخرج بذلك عن مجال الاحكام الشرعية والاصول المرعية ــ إن مايهم فى تطبيق فكرة الحريم هو توخى الغاية التى ننشدها من وراء تزكية الفقه لها وعندئذ فلا ضير علينا إن نحن اعتمدناها داخل النظام الدولى على نحو تختلف بعض تفاصيله عن النظام المحلى (قارن عبد الله عبد الرحمن الرشيد ــ الاموال المباحة وأحكام تملكها فى الشريعة الإسلامية ١٩٨٤ ج ، ص) .

أما وقد انتهيت إلى ماأسلفت ولما كان ديدنى فى هذه الدراسة هو مناقشة الافكار العامة والمبادى الاصولية دون الايغال فى التفاصيل حتى لا يتوه القارئ فى غياهب الاراء المختلفة والنظريات المتباينة حول تفصيلات جزئية فإنى اكتفى هنابالاشارة إلى أن الاحكام المتعلقة بكيفية قياس امتداد البحر الحريم ومايقال فى هذا الصدد من نظريات وكذا تعريف المقصود بالخليج والمضيق واحتياطيات الأمن والسلامة فى الملاحة كلها انما هى من شئون تنظيم هذه الحياة الدنيا التى تتركها النظرية الإسلامية للدول لتقرر فيها ماتراه محققا لصالحها فرادى وللصالح العام . وتبعا فإن الباحث فى النظرية الإسلامية يستطيع أن يستهدى ماتسير عليه النظرية المعاصرة ومايقول به الفقهاء الغربيون

فى هذا الخصوص ولايحكمه فى ذلك سوى القاعدة الاصولية العامة وهى توخى صالح المسلمين ، وبذلك تكون الفتوى . وتبعا فإنى احيل الباحث الإسلامى ـــ ان هو أراد تفصيل نظرية اسلامية فى هذا الخصوص ان يستكمل ماأقدمه فى هذا السفر بانتقاء افضل الآراء والاتجاهات المعاصرة واقرارها ضمن أحكام النظرية الإسلامية . وتغنينى تلك الاشارة الموجزة عن الدخول فى تفاصيل محلها المقالات المتخصصة أو الموسوعة الجامعة .

طبيعة حق الدول على البحر الحريم :

ينقسم الفقه المعاصر فى تحديد هذه الطبيعة قسمين :

(١) فريق يرى أن البحر الساحلى ملحق بإقليم الدولة فهو لا يعدو أن يكون جزءا من اقليم الدولة تغطيه المياه ويذهب هذا الفريق مذهبين : مذهب يقول بأن حق الدولة على البحر الساحلى هو حق ملكية وتعود اصول هذا المذهب إلى الفقه الرومانى . ومن ثم فإن الدولة تملك أن تتحكم فى بحرها الساحلى كما تشاء ، تفتحه أو تغلقه حسبما يحلو لها وتمنعه على السفن الاجنبية إذا لاح لها ذلك . ولكن وصف حق الدولة على البحر الساحلى بانه حق ملكية يستلزم الحيازة الفعلية فى حين أن حيازة الدولة للبحر الساحلى حيازة قانونية . ومذهب يقول ان حق الدولة على البحر الساحلى حق سيادة وهذا هو الاكثر اتساقا مع التكييف القانونى السليم ولذا فإنه يلقى تأييد جمهور الفقهاء .

(٢) فريق ينادى بأن البحر الساحلى ملحق بالبحر العالى . وهذا ايضا ينقسم بدوره إلى مدرستين : مدرسة ترى أن كل ماللدولة فى البحر الساحلى هى مجموعة من حقوق ارتفاق دعت اليها الضرورة ، ومدرسة تقول بأن البحر الساحلى مجمل حقوق حفظ تسمح للدولة بأن تتخذ فيه اجراءات لازمة للدفاع عن شعب الدولة وثرواتها المادية . وفى قول آخر فان البحر الساحلى هو فى حقيقته مجرد ضمان للمصالح المختلفة للدولة التى تشاطئه .

وإذا عرضت هذا الجدل على النظرية الإسلامية نجد انها تقر لصاحب العين بحق على الحريم يماثل حقه على العين ذاتها . ولما كنت قد قدمت ان حق الدولة على اقليمها هو دوليا حق حاكمية وليس حق ملكية . ولما كان البحر الحريم حريما لليابسة فان حق الدولة عليه هو حقها داته الذى لها على اليابسة . وفى قول آخر فان للدولة على البحر الحريم حاكمية تماثل مالها من حاكمية فى اليابسة . وهكذا تكون النظرية الإسلامية قد سبقت فى تكييف طبيعة حق الدولة على البحر الحريم ــ ماانتهى اليه جمهور الفقهاء المعاصرين وماقننته المعاهدات البحرية الكبرى كمعاهدتى جنيف ومونتيجو .

سلطات المرور فى البحر الحريم :

أ ــ حق المرور البرى :

المرور البرىء فى تعريف م ١٨ من معاهدة مونتيجو « ١ ــ يعنى الملاحة خلال البحر الاقليمى لغرض :

أ ــ اجتياز هذا البحر دون دخول المياه الداخلية أو التوقف فى مرسى أو فى مرفق مينائى يقع خارج المياه الداخلية ،

ب ــ أو التوجه إلى المياه الداخلية أو منها أو التوقف فى أحد هذه المراسى أو المرافق المتباينة أو مغادرته .

٢ ــ يكون المرور متواصلا وسريعا ومع هذا فان المرور يشتمل على التوقف والرسو ولكن فقط بقدر مايكون هذا التوقف والرسو من مقتضيات الملاحة العادية ، أو حين تستلزمها قوة قاهرة أو حالة شدة ، أو حين يكونان لغرض تقديم المساعدة إلى اشخاص أو سفن أو طائرات فى حالة خطرة أو فى شدة .

وطبقا للمادة / ١٧ من الاتفاقية سالفة الذكر ــ وماستقر عليه العرف الدولى فان المرور البرىء يعتبر حقا تتمتع به سفن جميع الدول ساحلية كانت أم غير ساحلية ، وتذهب اتفاقية مونتيجو ــ ويزكيها فى ذلك القضاء الدولى ــ إلى انه حق للسفن الحربية زمن السلم .

وقد اختلف فى معنى البراءة أهو معيار موضوعى يعتمد على سلوك السفينة أم معيار شخصى يأخذ عناصر شخصية بعين الاعتبار مثل جنسية السفينة . والراجح ان معاهدتى جنيف ومونتيجو ــ تؤيدها محكمة العدل فى قضية مضيق كورفو ــ تميل إلى المعيار الموضوعى . ولذا رأى القضاء الدولى أن من حق الدولة الساحلية أن توقف سفينة تجارية عند مرورها بمياهها الساحلية وذلك لسبق ارتكابها جريمة اثناء عبور سالف فى المياه ذاتها، وقد تكلفت المادة ١٩/ من اتفاقية مونتيجو ــ ببيان المرور البرىء والحالات التى لا يكون فيها بريئا لانه يضر الدولة الساحلية أو بحسن نظامها او بأمنها، ولما كان المرور البرىء حقا للسفن الاجنبية فانه لايجوز للدولة الساحلية أن تقتضى من تلك السفن رسوما لقاء مرورها بمياها الساحلية .

وعندى ان حق المرور بمعناه الآنف ــ وتفصيلاته التى تحتويها كتب الفقه الدولى المعاصر حق يمكن أن تقر به الدول الإسلامية فى البحر الحريم لبعضها البعض ، لان الحكمة من تقرير حق المرور البرىء وهو تزكية التجارة الدولية وتدعيم الاتصالات العالمية تجعل منه صورة من صور التعاون على البر والتقوى الذى أمر الله تعالى المسلمين به « وتعاونوا على البر والتقوى » (المائدة / ٢) .

أما مرور السفن الاجنبية ــ غير الإسلامية ــ بالبحر الحريم للدولة الإسلامية فلا يعتبر ــ فيما أقبله من منطق النظرية الإسلامية ــ حقا لتلك السفن اذ كيف نقول إن هناك واجبا مفروضا على الدولة الإسلامية فى أن تفتح اقليمها لمرور سفن أجنبية فى اقليمها . وفى قول آخر فان دار الإسلام لايمكن أن تحمل جبرا وبحكم الشريعة الإسلامية ــ بحق ارتفاق بالمرور فى بحرها الحريم لصالح دول المخالفين . ان السفن الاجنبية عندما تدخل مياه البحر الحريم انما تدخل بما عليها من سلع أشياء وبمن عليها من بحارة ومسافرين وتبعا فانها تخضع ــ فيما أرى ــ لعقد الامان وتأخذ السفن بمن فيها اثناء العبور حكم المستأمن وتبعا فإنه لا يجوز للسفن الاجنبية التى تحمل علم دولة مخالفة أن تدخل بحرا حريما اسلاميا الا بأمان يصدر لها من الدولة الساحلية ، ويجوز ان يكون هذا

الامان خاصا لسفينة بعينها وقد يكون عاما لسفن دولة بذاتها أو لسفن اكثر من دولة ومن ثم فإن الدولة الإسلامية يجوز لها أن تطبق أحكام المرور البرىء التى استقرت عليها الاعراف الدولية المعاصرة كما يجوز لها أن تعرف عن ذلك وأن تطبق أحكام الامان على السفينة التى تريد أن تعبر مياهها . والدولة الإسلامية مخيرة فى هذا حسبما يكون محققا لصالحها العام . وإذا كان ذلك هو الامر بالنسبة للسفن التجارية فان المنع أولى بالنسبة للسفن الحربية والسفن الحكومية المستعملة لاغراض غير تجارية .

بيد اننى قدمت بأن المرور البرىء هو صورة من صور التعاون على البر والتقوى ولذا فإن الدولة الإسلامية يجب ألا تتعسف فى ممارسة حريتها بالنسبة للاذن بالمرور البرىء لان هذا يدخل فى حكم قوله تعالى « أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين » (الممتحنة / ٨) .

ب ـ اختصاص الدولة حيال السفن الاجنبية فى البحر الحريم :

يثير الكلام عن سلطات الدولة الساحلية ازاء السفن الاجنبية المارة فى بحرها الساحلى أو الحريم مشكلة تتمثل فى اننا نواجه ازدواجا فى الاختصاص بين دولة العلم والدولة الساحلية وطبيعى أن يكون هذا الاشكال بالتصديق من اختصاص احدى الدولتين لصالح الاخرى . وسعيا وراء الاكتفاء بالعموميات دون التفصيلات فانى أوردها الحكم الذى انتهت اليه اتفاقية مونتيجو فى هذه القضية .

تحدد م ٢٨ من الاتفاقية الولاية المدنية ازاء السفن الاجنبية على النحو التالى :

١ ــ لا ينبغى للدولة الساحلية أن توقف سفينة اجنبية مارة خلال بحرها (الاقليمى) أو أن تحول اتجاهها لغرض ممارسة ولايتها المدنية فيما يتعلق بشخص موجود على ظهر السفينة .

٢ ــ لا يجوز للدولة الساحلية أن توقع اجراءات التنفيذ ضد السفينة أو تحتجزها لغرض اى دعوى الا فيما يتعلق بالالتزامات التى تتحملها

السفينة أو المسئوليات التى تقع عليها اثناء رحلتها خلال مياه الدولة الساحلية أو لغرض تلك الرحلة .

٣ ــ لا تخل الفقرة بحق الدول الساحلية ، وفقا لقوانينها فى أن توقع اجراءات التنفيذ لغرض اى دعوى مدنية ضد اية سفينة اجنبية راسية فى بحرها (الاقليمى) أو ان تحتجزها بعد مغادرة المياه الداخلية » . وهنا تطبق المحكمة قواعد القانون الدولى الخاص للبحث عن الاختصاص وعن القانون الذى يطبق .

أما الولاية الجنائية على ظهر السفينة الأجنبية فقد صاغتها م ٢٧ من اتفاقية مونتيجو على النحو التالى :

« ١ ــ لا ينبغى للدولة الساحلية أن تمارس الولاية الجنائية على ظهر سفينة أجنبية مارة خلال بحرها (الاقليمى) من أجل توقيف أى شخص او اجراء اى تحقيق بصدد اية جريمة ارتكبت على ظهر السفن اثناء مرورها الا فى الحالات التالية :ــ

أ ــ إذا امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية .

ب ــ او إذا كانت الجريمة من نوع يخل بسلم البلد أو بحسن النظام فى البحر (الإقليمى) .

ج ــ أو إذا طلب ربان السفينة أو ممثل دبلوماسى او موظف لدولة العلم مساعدة السلطات المحلية .

د ــ أو إذا كانت هذه التدابير لازمة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو المواد التى تؤثر على الطفل ... » .

إن من ينعم النظر فى الصياغة السالفة يلحظ أنها تتكلم عن التوقيف (القبض) والتحقيق ولكنها صمتت عن تطبيق القانون الجنائى للدولة الساحلية على مايحدث فى مياهها إذا ما أحضر المتهم أمام قضائها . ويبدو من استقراء الممارسة الدولية انه لا عاصم لهذا الشخص من تطبيق القانون المحلى عليه . هذا هو حكم النظرية المعاصرة ، فماذا تقول النظرية الإسلامية ؟

ان بحث سلطات الدولة فى بحرها الحريم لا يخرج عن أحد فروض أربعة :ـــ

١ ـــ أن يكون علم السفينة والبحر الحريم كلاهما للدول الإسلامية .

٢ ـــ أن يكون علم السفينة والبحر الحريم كلاهما لدول غير اسلامية .

٣ ـــ ان يكون علم السفينة لدولة غير اسلامية والبحر الحريم لدولة اسلامية .

٤ ـــ ان يكون علم السفينة لدولة اسلامية والبحر الحريم لدولة غير اسلامية .

والفرضان الأولان لايثيران مشكلة فى النظرية الإسلامية ذلك أن الازدواج والاختصاص الذى هو مدعاة تقرير أحكام خاصة للسفن الاجنبية منتف فى الفرض الأول حيث أن قانون وقضاء العلم هو قانون وقضاء البحر الحريم الا وهو الشريعة الإسلامية ومن ثم فلا ضير على السفينة إذا هى خضعت لقانون اى من الدولتين وبدهى أن خضوعها لاختصاص اى من الدولتين يمنع من الخضوع مرة اخرى لاختصاص الدولة الأخرى .

كذلك فان النظرية الإسلامية ـــ فيما أرى ـــ لاتعارض فى أن تطبق الدول المعنية فى الفرض الثانى أحكام القانون الدولى المعاصر لانها ليست دار اسلام ومن تطبق عليهم ليسوا بمسلمين .

اما الفرضان الثالث والرابع ففيهما كلام .

فإذا كانت السفن تحمل علم دولة غير اسلامية ودخلت البحر الحريم لدولة اسلامية فانها ـــ كما اسلفت ـــ تدخل مستأمنة ومن ثم فانها تخضع لاحكام عقد الامان . والاصل فى النظرية الإسلامية أن الشريعة الإسلامية والقضاء الإسلامى عام التطبيق على من يوجد بالاقليم الإسلامى وعلى مايحمله من مال . ولكن فى ذلك تفصيل يمكن أن اجمله فيما يلى :ـــ

١ ـــ هناك مذهب يعقد الاختصاص بالقضاء لقضاء غير مسلم ويرى انه لا يجوز التعرض للمستأمن فى معاملاته وعلاقاته الاجتماعية الا اذا تعدى ضررها إلى المسلمين كأن كان احد المسلمين طرفا فى القضية ويقضى بينهم فى شئونهم بأحكام دينهم .

ويجيز البعض اختصاص القاضى المسلم اذا رضى طرفا الخصومة بذلك ويكتفى البعض برضاء أحد الخصمين والقاضى المسلم مخير ان شاء فصل وان شاء ترك (محمد سلام مدكور ـــ القضاء فى الإسلام ، ١٢٥ ، ١٢٦) .

٢ ـــ وهناك مذهب بأن ولاية القضاء الإسلامى عامة بالنسبة لجميع الرعايا فيفصل بينهم القاضى المسلم وان لم يتنازعوا اليه ، وتطبق أحكام الشريعة الإسلامية التى تتيح الأخذ بأحكام أهل الكتاب فى الامور التى تتعلق بالاحوال الشخصية للمستأمن كالزواج والطلاق أو مايماثلها كأكل الخنزير أو شربه كشرب الخمر ذلك أن الإسلام أجاز للمستأمن أن يتعامل بما لا تحرمه ديانته كالخمر والخنزير شريطة ألا يجهر بها فى اسواق المسلمين تبعا للفتنة .

والسؤال الذى يستهمنى هنا ليس هو أى القضائين هو الذى يختص بالنظر فى شئون الذمى ولا هو اية أحكام فى الشريعة الإسلامية هى التى تطبق لان ذلك مرجعه أحكام القانون الدولى الخاص وانما يتصل فى الحقيقة باختصاص الدولة ككل أو فى قول آخر ، هل قصد اصحاب المذهب الذى يقيم قاضيا خاصا بالمستأمنين أن يعفيهم من تطبيق الاحكام التى تطبق على المسلمين أن يعقد بذلك الاختصاص للقاضى غير المسلم فى دار الحرب عن أمور ارتكبها المستأمن فى دار الإسلام أم انه قصد على العكس أن يحصر الاختصاص بنظر مايحصل فى دار الإسلام اصلا فى قضاء دولة الإسلام وقانونها بغض النظر عن تفاصيل الاختصاص الداخلى .

بيد أننا إذا سرنا على مذهب أبى حنيفة الذى يرى ألا تتدخل الدولة الإسلامية فى شئون المستأمن الا اذا تعدى الامر إلى المسلمين فان اختصاص دولة البحر الحريم لا يقوم الا اذا ارتكبت السفن اثناء عبورها أو كان فى عبورها مايمس صالح الدولة الإسلامية الساحلية وحسن نظامها أو طلبت السفينة أو الممثل الدبلوماسى أو القنصلى لدولة العلم تدخل سلطات الدولة

الإسلامية الساحلية . والاخذ بمذهب أبي حنيفة ينتهي إلى تصور قريب مما تجري عليه الممارسة الدولية المعاصرة وقننته معاهدة مونتيجو .

ذلك ان ممارسة الدولة الإسلامية الساحلية اختصاصا على السفينة الاجنبية بسبب التزامات تحملتها او تبعات وقعت على عاتقها اثناء الرحلة او مباشرة اجراءات الحجز التنفيذى كإجراء من اجراءات دعوى مدنية ضد السفينة عند ارتكاب جريمة على ظهر السفينة تمتد نتائجها إلى الدولة الإسلامية الساحلية أو تخل بسلم الدولة المذكورة وحسن نظامها او إذا كان الجانى أو المجنى عليه مسلما هو مما يمكن ان يدخل تحت مفهوم الاستثناء الذى أقره أبو حنيفة الامر يعقد الاختصاص للمسلمين وكذلك فان طلب الربان أو الممثل الرسمى تدخل السلطات الساحلية يندرج فى حكم رضاء أحد الطرفين باختصاص الدولة الإسلامية الساحلية. ولا جدل فى ان قيام السفينة بنشاط تجارى غير مشروع فى المخدرات أو المواد التى تؤثر على العقل هو من الامور التى تخضع لاختصاص الدولة الإسلامية الساحلية لان ماتبيحه الشريعة الإسلامية للمستأمن هو الاتجار فيما تمنعه الشريعة الإسلامية ولكن تبيحه له شريعته .

ومادام أن الجماعة الدولية اتفقت على تحريم الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمواد التى تؤثر على العقل فان هذا النوع من الاتجار يصبح محرما طبقا للشريعة الإسلامية وشريعة السفينة الاجنبية وتبعا فهو قد أصبح غير مباح للمستأمن طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما أى قاض هو الذى ينظر الدعوى وأى قانون هو الذى يطبق عليها فأمر يرجع فيه إلى أحكام القانون الدولى الخاص الإسلامى على هدى من الافكار العامة التى قدمتها فى هذا الخصوص .

أما إذا انتهجت مذهب الشافعى فإن اختصاص الدولة الإسلامية الساحلية يكون اختصاصا عاما ترد عليه استثناءات على نحو ماسلفت .

وما أقرب الخلاف بين ابى حنيفة والشافعى بالخلاف بين النظرية الفرنسية والنظرية الانجلوسكسونية فى هذا الخصوص، ذلك أن النظرية الفرنسية تهتم ببيان

حالات عدم اختصاص الدولة الساحلية وماعدا ذلك يكون من اختصاصها وهذا هو فى عمومه مذهب ابى حنيفة أما النظرية الانجلو سكسبونية فتبدأ باعطاء الاختصاص العام للدولة الساحلية ثم تجرى عليه بعض الاستثناءات وهذا فى عمومه هو مذهب الشافعى ولذا فان رأى ابى حنيفة والشافعى ينتهيان — كما تنتهى النظريتان الفرنسية والانجلوسكسونية — إلى احكام تكاد تكون واحدة فى الواقع العملى .

ولا احسبنى بعيدا عن الصواب إذا قلت ان مواد اتفاقية مونتيجو فى خصوص مركز السفينة فى البحر الحريم لا تناقض النظرية الإسلامية اما القانون الذى يطبق فان القاعدة ان الشريعة الإسلامية هى التى تطبق فى دار الإسلام الا فيما يتعلق بأحكام معينة تطبق فى حق المستأمن وذلك بالنسبة للأحوال الشخصية كالزواج والطلاق ، أو بما يتعلق بمأكله كالخنزير أو مشربه كالخمر والحق أن هذه الاستثناءات فى ذاتها أحكام اسلامية ولكنها خاصة بغير المسلمين فى دار الإسلام . فالإسلام يجيز للمستأمن التعامل بما لا تحرمه ديانته كالخمر والخنزير ولكن ليس له أن يجاهر بها فى اسواق المسلمين منعا للفتنة ، كذلك إذا شرب الخمر وسكر فان بعض العلماء يرى أن يحد لمظهر السكر .

وعند ابى حنيفة انه لا يجوز التعرض للمستأمن فى معاملته وعلاقاته الاجتماعية التى لا يتعدى ضررها إلى المسلمين ويُقضى بينهم فى ذلك بأحكام دينهم .

وأقول ترتيبا على ماسلف اننا أمام مذهبين فى النظرية الإسلامية :

١ — مذهب يخضع مايحصل من السفينة لاحكام الشريعة الإسلامية فلا يباح للمستأمن ان يفعل أو أن يتصرف الا فى حدود ماتسمح به .

٢ — مذهب يعفى المستأمن من الخضوع لاحكام الشريعة عن الفعال والتصرفات التى يتعدى ضررها إلى المسلمين .

فاذا نحن سرنا على المذهب الأول فان كل مايحصل من السفينة او عليها وهى فى البحر الحريم يكون خاضعا لقانون الدولة الساحلية . وان نحن اتبعنا المذهب

الثانى فان مايحصل من السفينة أو عليها لا يخضع لقانون الدولة الساحلية الا اذا تعدى ضرره إلى الدولة .

وواضح أن ماتسير عليه الجماعة الدولية المعاصرة اكثر اتفاقا مع المذهب الاول فيما يتعلق بالمسائل المدنية وأقرب إلى المذهب الثانى فيما يتعلق بالمسائل الجنائية .

وقد يكون من الاوفق ـ فى تقديرى ـ لو أننا قلنا إن السفينة التى تحمل علم دولة مخالفة لا تخضع لاحكام الشريعة الإسلامية التى تتعلق بالمسلمين طبقا للنظرية الإسلامية الا اذا تعدت آثار التصرف أو الجريمة إلى الدولة الإسلامية الساحلية وشعبها كأن يكون أحد اطراف المعاملة مسلما او أن يكون هناك دين لأحد رعايا الدولة على السفينة وعندئذ يكون لها مباشرة اجراءات الحجز التنفيذى او كان المتهم أو المجنى عليه مسلما أو امتدت نتائج الجريمة إلى الدولة الساحلية او اخلت بسلم الدولة وحسن نظامها أو كانت السفينة تحمل مايحرمه قانونها وتحرمه الشريعة الإسلامية او تتجر فيه . ان عدم امتثال السفن لاحكام الشريعة الإسلامية فى خصوص ماسلفت يسمح للدولة الإسلامية الساحلية بأن تطلب اليها مغادرة البحر الحريم فورا او ان تقدمها إلى القضاء المحلى للحكم بما يراه والخيرة فى ذلك للدولة المعنية .

كذلك يجوز اخضاع السفينة المذكورة لاحكام الشريعة الإسلامية إذا طلب ربانها او ممثل دولة العلم تدخل السلطات المحلية .

فاذا كان ما اقترحه هو الرأى الذى يعمل به فانه لا يمنع فى حالات عدم تطبيق الشريعة الإسلامية من ان تقوم الدولة الإسلامية الساحلية بإعداد تقرير عما ترتكبه السفينة من مخالفات تخرج عن اختصاصها وأن تجمع ماتستطيع من أدلة ثم تقدم ذلك إلى الدولة المعنية لاتخاذ ماتراه بشأنها .

وأجد لزاما على هنا ان اضيف اننى استعرت من أحكام المستأمن مايمكن أن ينطبق على السفينة التى تعبر البحر الحريم على الرغم من أن احكام المستأمن التى

قال بها الفقه التقليدى كانت تتصور المستأمن الذى يقيم فترة معينة فى دار الإسلام ولم يدر بخلدها حالة المستأمن الذى يمر مرورا عابرا بشأن السفينة التى تمر مرورا بريئا بالبحر الحريم الإسلامى .

ج ــ الملاحقة الحثيثة أو المتواصلة :

تتكلم معاهدتا جنيف ومونتيجو عن هذا الحق فى معرض الكلام عن البحر العالى من حيث أنه حق يمارس فى البحر العالى ولكنى فضلت أن أورده ضمن الكلام عن البحر الحريم على انه يبدأ فى غالب صوره ــ من البحر الحريم .

عرفنا ان السفن الاجنبية تخضع فيما يتعلق ببعض التصرفات للاختصاص المحلى للدولة الساحلية ولكن لنفرض أن سفينة حاولت ان تتملص من هذا الاختصاص وسعت إلى الهرب من البحر الحريم . فماذا تملك الدولة الساحلية أن تفعل فى هذه الحالة ؟ هذا هو مايبحثه الفقه المعاصر تحت عنوان حق التتبع والمطاردة أو حق المطاردة الحثيثة وهو حق استقر عن طريق الاعراف الدولية .

وقد عالجت المادة / ١١١ من معاهدة مونتيجو أحكام ذلك الحق فقالت :

« ١ ــ يجوز القيام بمطاردة سفينة اجنبية مطاردة حثيثة عندما يكون لدى السلطات المختصة للدولة الساحلية اسباب وجيهة للاعتقاد بأن السفنية انتهكت قوانين وأنظمة تلك الدولة ويجب أن تبدأ هذه المطاردة عندما تكون السفينة الاجنبية أو أحد زوارقها داخل المياه الداخلية أو المياه الأرخبيلية أو البحر الاقليمى أو المنطقة المتاخمة للدولة القائمة بالمطاردة ، ولا يجوز مواصلة المطاردة خارج البحر الإقليمى ، أو المنطقة المتاخمة الا اذا كانت المطاردة لم تنقطع . وليس من الضرورى ، حين تلقى السفينة الاجنبية الموجودة داخل البحر (الاقليمى) أو المنطقة المتاخمة أمر التوقف أن تكون السفينة التى أصدرت الأمر موجودة كذلك داخل البحر (الاقليمى) أو المنطقة المتاخمة . وإذا كانت السفينة الاجنبية موجودة داخل منطقة متاخمة ، كما هى معرفة فى المادة ٣٣ ، لا يجوز القيام بالمطاردة الا اذا كان هناك انتهاك للمصالح التى انشئت المنطقة من اجل حمايتها .

٢ ـ ينطبق حق المطاردة الحثيثة ، مع مراعاة مايقتضيه اختلاف الحال على مايقع فى المنطقة الاقتصادية الخالصة أو على (الجرف القارى) بما فى ذلك مناطق السلامة المحيطة بالمنشئات المقامة فى (الجرف القارى) .

٣ ـ ينتهى حق المطاردة الحثيثة بمجرد دخول السفينة التى تجرى مطاردتها البحر (الاقليمى) للدولة التى تنتمى اليها أو البحر الاقليمى لدولة اخرى .

٤ ـ لا يجوز أن يمارس حق المطاردة الحثيثة الا سفن حربية او طائرات عسكرية أو غيرها من السفن أو الطائرات التى تحمل علامات واضحة تدل على انها فى خدمة حكومية ومأذون لها بذلك .

٥ ـ فى حالة ايقاف أو احتجاز سفينة خارج البحر (الاقليمى) فى ظروف لا تبرر ممارسة حق المطاردة الحثيثة ، تعوض عن اى خسارة او ضرر يكون قد لحق بها نتيجة ذلك » .

ويطول الكلام فى تفاصيل حق الملاحقة المتواصلة ولكننى لا أرى داعيا للايغال فيها حيث أن القصد هو التعرف على مدى اقرار النظرية بهذا الحق من حيث هو . ثم إن معظم التفاصيل هى من باب حسن تنظيم شئون الدنيا التى تقاس مشروعيتها بمعيار المصلحة العامة حسبما تقدره السلطات المختصة .

إن قيام الدولة بملاحقة السفينة فى الظروف التى اسلفت هو استجابة لحق من حقوقها ولذا فانه يدخل فى تقديرى ـ فى الحقوق العامة غير المعينة اى التى ليست لقوم معينين ، بل تعود منفعتها لمطلق المسلمين او الجماعة منهم حيث أن الكل محتاج اليها لانها تتغيا تحقيق المقاصد الضرورية التى تعمل الشريعة الإسلامية على اقرارها لحماية حقوق الناس العامة فى انفسهم واموالهم واعراضهم وعقولهم ودينهم وفيها يقول ابن تيميه وتسمى حدود الله وحقوق الله مثل قطاع الطرق والسراق والزنات ونحوهم ومثل الحكم فى الاموال السلطانية والوقوف والوصايا التى ليست لمعنيين ، فهذه من أهم امور الولايات ولهذا قال على بن ابى طالب رضى الله عنه : لابد للناس من إمارة برة كانت أو فاجرة فقيل يأمير المؤمنين هذه البرة قد عرفناها فما بال الفاجرة فقال تقام بها الحدود

الحدود وتؤمن السبل ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفيء . وهذا القسم يجب على الولاة البحث عنه واقامته من غير دعوى أحد به ، وكذلك تقام الشهادة فيه من غير دعوى أحد به » (عبد الوهاب عبد العزيز الشيشانى ــ حقوق الانسان وحرياته الأساسية فى النظام الإسلامى والنظم المعاصرة ، مطابع الجمعية العلمية الملكية ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩) . ذلك أن حق الملاحقة المتواصلة هو فى عقيدتى تطبيق من تطبيقات حق الدولة فى الدفاع عن كيانها ومصالحها ولكنه استقل بذاته .

ومادام أن الملاحقة المتواصلة هو حق من حقوق الله اى للمجتمع ــ فانه لايجوز اسقاطه ويجب على الولاة مراعاته واداؤه من غير دعوى إحداثه (ابن تيمية ــ السياسة الشرعية فى اصلاح الراى والرعية ، ص ٣٤) .

ومن ثم فان من حق الدولة الإسلامية الساحلية ان تقوم بملاحقة السفن التى تحاول ان تهرب من الخضوع لاختصاصها مادام أن هناك قرينةقوية قد توافرت على ان السفينة . ارتكبت ــ اثناء وجودها فى البحر الحريم أو البحر الحجاز أو البحر الوقف ــ مخالفة قانونية .

إن هذه المهمة ــ اذا أردتّ تكييفها على هدى من النظرية الإسلامية أجد انها أقرب ماتكون إلى الحسبة والحسبة شرعا هى أمر يتصدى له المحتسب بحكم الولاية فيعمل على الزام المدعى عليه الخروج من الحق الذى عليه بما خول من سلاطة السلطة واستطالة الحماية لأن فى تأخيره للحق منكرا هو منصوب لازالته ولا يلزم ــ طبقا للرأى الذى اعتمده ــ أن يكون المحتسب من اهل الاجتهاد مادام انه عارف للمنكرات المتفق عليها.ولذا فإن الجهاز الذى له ان يمارس الملاحقة المتواصلة هو الجهاز المخول اختصاص مراقبة أمن البحار كالسفن الحربية أو السفن العامة المكلفة بذلك أو الطائرات التى من هذا القبيل لأن ولاية الفصل فى هذا الامر متاحة لها . فاذا استهدينا فكرة الحسبة فى أوصاف ممارسة حق الملاحقة المتواصلة نجد أن اوصاف الحق فى النظرية الإسلامية لا تختلف كثيرا عن اوصافه فى النظرية المعاصرة ، ألا وهى :

(١) ان تقوم قرينة قوية على أن السفينة قد ارتكبت المخالفة القانونية .

(٢) ان يصدر أمر للسفينة بالوقوف ولكن السفينة لاتذعن للامر .

(٣) أن يتم القبض قبل أن تدخل السفينة المياه الوطنية لدولتها أو لدولة أخرى لأن ولاية الحسبة لا تمتد لأبعد مما تمتد اليه حاكمية الدولة التى أضفت الولاية على المحتسب .

أما شرط ان تكون الملاحقة مستمرة غير منقطعة وان انقطاعها لأى سبب ولو كان قوة قاهرة يجعلها غير مشروعة فلا أرى له ركيزة فى النظرية الإسلامية إذ مادام ان هناك ملاحقة وأن هذه الملاحقة افضت إلى القبض على السفينة فى منطقة تمتد اليها ولاية الدولة فلا ضير على الدولة فى ممارستها لذلك الحق لا سيما وأن المبرر الذى يستند اليه هذا الشرط هو أن حق الملاحقة المتواصلة حق استثنائى ولا يجوز التوسع فى الاستثناء لانه يضيق على حرية البحر العالى بلا مبرر لا يقوم فى النظرية الإسلامية لان الملاحقة المتواصلة حق وواجب بالنسبة للدولة الإسلامية كما اسلفت . صحيح ان الدولة يجب أن تكون حريصة ومتابعة للملاحقة ولكن التشدد إلى حد تطلب عدم الانقطاع أيا كانت اسباب الانقطاع امر لا أرى انه ينسجم مع منطق النظرية الإسلامية .

كذلك أقول ان النظرية الإسلامية تتسع للقول بأن الدولة تسأل عن هذا التصرف اذا اتضح انها كانت غير محقة فى ممارسته وأن القرائن التى استندت اليها كانت واهية. وأرى ان الدولة يطبق عليها فى هذه الحالة حكم العمد شبه الخطأ حيث يكون المسئول عامدا للفعل ولكنه غير قاصد للاضرار التى اسفر عنها الفعل. وهذا تجب فيه الديه. وفى قول آخر فإن العمد شبه الخطأ يمكن ان يقيم على الدولة المسئولية التى وضعتها المادة ٨/١١١ من اتفاقية مونتيجو بقولها « فى حالة ايقاف او احتجاز سفينة خارج البحر (الاقليمى) فى ظروف لاتبرر ممارسة (حق المطاردة الحثيثة) ، تعوض عن اى خسارة او ضرر يكون قد لحق بها نتيجة ذلك » .

ويمكن ان اضيف ان على الدولة اذ تمارس حق الملاحقة المتواصلة ان تتقيد باتخاذ الضرورى فحسب لتحقيق الغرض الذى قامت من اجله بالملاحقة، فلاتتعمدمثلا إلى اغراق السفينة أو تدميرها الا اذا اضطرتها الظروف القاهرة إلى ذلك . فان هى تجاوزت هذا النطاق كانت مسئولة عن تصرفاتها من حيث أن حق الملاحقة ـ كما قلت ـ هو صورة من صور الدفاع الشرعى ولا يجوز لمن يمارس حق الدفاع الشرعى ان يتجاوز نطاق الحق .

المبحث الثانى
فى
المنطقة الحجاز (المنطقة المتاخمة)

المنطقة المتاخمة فى النظرية المعاصرة :

يسمح القانون الدولى المعاصر للدولة الساحلية بأن تجتزىء من البحر العالى أو المنطقة الاقتصادية ـ على خلاف فى الرأى ـ حزاما بحريا يتاخم بحرها الساحلى وذلك بقصد الحماية والوقاية . ويطلق فقهاء العرب على هذا الحزام عدة مسميات انتقيت منها مسمى « المنطقة المتاخمة » .

وقد برزت فكرة المنطقة المتاخمة أول مابرزت كحل يوفق بين المتغالين فى الامتداد بالبحر الساحلى إلى مسافات وبين المتحفظين الذين يرون قصر البحر الساحلى على ثلاثة أميال فحسب . ولذا فإن المنطقة المتاخمة هى فى حقيقتها منطقة حجاز بين البحر العالى حيث يطبق مبدأ الحرية وبين البحر الساحلى ـ حيث يخضع لمدرك السيادة . وتتضح فكرة الحجاز هذه من الأغراض التى تتوخاها الدول من وراء الأخذ بمنطقة متاخمة . فالمصالح التى تحققها الدولة الساحلية من وراء ادعاء منطقة متاخمة هى :

(١) منع انتهاك القوانين المالية والجمركية والصحية والأمنية داخل المياه الساحلية .

(٢) المعاقبة على مخالفة تلك القوانين إذا ارتكبت مخالفة من هذا القبيل فى

المنطقة المتاخمة أو فى المياه الساحلية . ويضيف البعض إلى تلك الأغراض حماية المصالح العسكرية كذلك .

المنطقة الحجاز (المتاخمة) فى النظرية الإسلامية :

قلت إن المنطقة المتاخمة هى منطقة حجاز تحمى مصالح معينة للدول الساحلية . وفكرة المنطقة الحجاز ليست غريبة على الفقه الإسلامى فهى حمى يخدم أغراضا معينة تقتضيها المصلحة العامة ، بيد أن الحجاز فى النظرية الإسلامية هو منطقة من اليابسة تخدم منطقة يابسة أخرى . والمنطقة المتاخمة التى نتكلم عنها هى منطقة بحرية وليست برية ، وهنا يأتى دور الاجتهاد الذى يعتمد على اعتبارات الاستحسان لتطوير الفكرة التقليدية فى الحجاز وتطويعها لخدمة أغراض الجماعة الدولية المعاصرة وحفظ مصالح الدول الإسلامية فى تلك الجماعة ، إذ لا ضير من أن تحمى اليابسة بحجاز بحرى كما أننا نحميها بحجاز برى مادام أن الأغراض واحدة والغاية متماثلة تحقيقا لصالح عام لا يتعارض حكمه مع نص شرعى فى القرآن الكريم أو الحديث الشريف .

إن المنطقة الحجاز فى النظرية الإسلامية هى تخصيص مساحة من الأرض الموات ــ أو التى لايملكها أحد ــ لأغراض صحية ومالية وعسكرية وهذا هو التعريف ذاته تقريبا ، الذى تقول به النظرية المعاصرة فى المنطقة المتاخمة . وبذلك فإن النظرية الإسلامية لا تمانع فى أن تحتجز جزءا من البحر العالى أو المنطقة الاقتصادية ــ لتأمين المصالح المالية والصحية والأمنية والعسكرية لليابسة مقابل الأغراض التى تحققها المنطقة الحجاز البرية وهى رعى خيل الحى وإبل الصدقة ومايشبهها (وهذا صالح مالى وصحى) وترتيب آليات الجيش والحكومة (وهذا صالح أمنى عسكرى) . إن احتجاز حزام بحرى ليكون منطقة حجازا يرتب ــ فى النظرية الإسلامية ــ انتقال ذلك الحزام من حالة الإباحة إلى الملكية العامة للدولة الساحلية خدمة لصالح تلك الدعوى ، والحق ــ كما نعلم ــ من خاصيته الانحصار فى صاحبه وبذلك يكون للدولة الساحلية وحدها حق حماية مصالحها المذكورة آنفا داخل المنطقة الحجاز .

ولا أرى غضاضة فى أن تعدد الدولة الساحلية استخدامات المنطقة الحجاز بتعدد الاغراض التى تعتمدها النظرية المعاصرة ، فهنا نشهد صورة أخرى من صور التكامل بين القانون الدولى الإسلامى والقانون الدولى المعاصر .

وإذا كان فى الفقه من يرى أن يتعدد امتداد المنطقة المتاخمة بتعدد أغراضها فيكون لكل غرض امداد يتفق مع تحقيق الغاية المرجوة منه فإن النظرية الإسلامية ترى ذلك ايضا لأن من الفقهاء المسلمين من قال بتعدد امتداد المنطقة الحجاز حسب الاغراض المرجوة منها . بيد أنه إزاء اتفاق الجماعة الدولية اليوم على امتداد محدد للمنطقة المتاخمة فإننى أرى ـــ ترجيحا لصالح الدول الإسلامية بعدم الخروج على هذا الاجماع والتعرض بذلك للمناجزة من الدول الأخرى ـــ أن نكتفى بامتداد مماثل للمنطقة الحجاز .

وحرى بالذكر أن مدرك البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية) لا يغنى عن مدرك المنطقة الحجاز (المتاخمة) لأن كلا من المدركين يتغيا أغراضا مختلفة ، فالبحر الوقف يستهدف مصالح اقتصادية بينما تستهدف المنطقة الحجاز مصالح أمنية . ثم إن المنطقة الحجاز تسمح للدول ـــ لاسيما النامية منها ـــ بأن تمارس حماية أكثر فعالية ضد تهريب السلع ودخول العمالة إليها بطرق غير مشروعة لأن إمكاناتها قد لا تيسر لها تحقيق ذلك على نحو كامل فى بحرها الساحلى ، كما أنها توفر فرصة أوسع للدولة الساحلية لحماية ذاتها ضد التلوث القادم من البحر .

المبحث الثالث
فى
البحر الوقف (المنطقة الاقتصادية)

دهليز إلى البحث :

المنطقة الاقتصادية تقسيم من تقسيمات البحر دخل القانون الدولى حديثا ـــ وقد بدأت ارهاصاته تحت عدة مسميات لعل أشهرها هو التعبير

الافرنجى patrimonial sea وهو تعبير حار الفقه العربى فى تعريبه فقال البعض « بحر الذمة » ظنا منهم — وهو ظن خطأ — أن patrimony تعادل patrimoine فى الفرنسية . وقال آخرون « البحر الإرثى » اخذا بأن كلمة pateimony تعنى من بين ماتعنى الإرث وهذا وصف لا يتفق مع المفهوم القانونى الصحيح للمنطقة الاقتصادية ولذا فإنى ذهبت فى تعريبه إلى أقرب مفهوم فى لغة العرب له وهو « البحر الوقف » . ولكن اتفاقية مونتيجو — بعد أن تطور مدرك البحر الوقف فأصبح يشمل السطح والقاع معا — اختارت مصطلح « المنطقة الاقتصادية الخالصة » . وقد عرفتها اتفاقية مونتيجو بأنها « منطقة واقعة وراء البحر الاقليمى . وملاصقة له يحكمها النظام القانونى المميز المقرر فى هذا الجزء (أى الجزء الخامس من الاتفاقية الخاص بالمنطقة الاقتصادية) (م ٢٨) ولا تمتد المنطقة إلى أكثر من ٢٠٠ ميل بحرى من خطوط الأساس التى يقاس منها عرض (البحر الاقليمى) (م ٥٧) . ومعنى هذا أن المنطقة الاقتصادية قد يختلف امتدادها من دولة إلى أخرى ولكنها لا تتجاوز على أية حال ٢٠٠ ميل بحرى .

وقد حظى مدرك المنطقة الاقتصادية الخالصة بقبول عالمى عريض أهّله لأن يصبح فى فترة زمنية قصيرة — من بين الأعراف الدولية .

حقوق الدول فى المنطقة الاقتصادية : النظرة الغربية :

وتكشف النظرة الشاملة إلى مدرك « المنطقة الاقتصادية الخالصة » كما كرسته اتفاقية مونتيجو عن أن حقوق الدولة فى تلك المنطقة هى حقوق سيادة اقتصادية تتمثل فيما يلى :

١ — حقوق سيادية لغرض كشف واستغلال الموارد الطبيعية الحية منها وغير الحية ، وكذا فيما يتعلق بأوجه النشاط الأخرى للكشف والاستغلال الاقتصاديين للمنطقة كانتاج الطاقة من المياه والتيارات والرياح .

٢ — ولاية فيما يتعلق بإقامة واستعمال الجزر الاصطناعية والمنشآت والتركيبات ، والبحث العلمى البحرى ، وحماية البيئة البحرية والحفاظ

عليها ، والحقوق والواجبات الأخرى المنصوص عليها فى اتفاقية مونتيجو (م ٥٦ من اتفاقية مونتيجو) .

وتفرض الاتفاقية على الدولة فى ممارستها لسيادتها الاقتصادية هذه أن تولى المراعاة الواجبة لحقوق الدول الأخرى وواجباتها . بيد أن الاتفاقية فرقت فى وصف حقوق الدولة تلك بين ممارستها فى سطح المنطقة وبين ممارستها فى تربة وتحتربة المنطقة .

فالدولة تمارس ولاية خالصة على الجزر الاصطناعية والمنشآت والتركيبات ، أما فيما يتعلق بالانتفاع بالموارد الحية فتتلخص أحكام الاتفاقية فيما يلى :ـ

أ ـ للدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا ـ بشروط وقيود معينة ـ الحق فى المشاركة على أساس منصف فى استغلال جزء مناسب من فائض الموارد الحية للدول الساحلية الواقعة فى نفس المنطقة الإقليمية أو دون الإقليمية . بيد أنه لا يحق للدول غير الساحلية الرابية أن تمارس هذا الحق إلا إذا كانت الدولة صاحبة المنطقة الاقتصادية دولة رابية أيضا (م ٦٩ ، ٧٠ من الاتفاقية) .

ب ـ توقف حقوق المشاركة تلك فى حالة الدول الساحلية التى يعتمد اقتصادها اعتمادا كليا على استغلال الموارد الحية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة (م ٧١ من الاتفاقية) .

ج ـ هناك تنظيم خاص بالأسماك البحرية النهرية السرء والنهرية البحرية السرء ، والأنواع الآبدة ، والثدييات البحرية . وفيما يتعلق بالثروة غير الحية فإن الدولة تمارس سيادة اقتصادية خالصة لا تشاركها فيها دول أخرى ، لأن حكم قاع المنطقة الاقتصادية أُلحق بالإفريز القارى . والحق أن هذا الإلحاق الذى ينتهى إلى أن الاحكام المميزة للمنطقة الاقتصادية إنما تنصرف فى الحقيقة إلى عمود الماء فحسب ، هو الذى حبذ لدى أن اتمسك بمصطلح « البحر الوقف » بالنسبة لتلك المنطقة .

وتتمتع جميع الدول فى قاع المنطقة الاقتصادية ــ وكذا فى أجوائها ــ بحريات الملاحة والتحليق ووضع الأسلاك (الكابلات) وخطوط الأنابيب المغمورة وغير ذلك مما يتصل بهذه الحريات من أوجه استخدام البحر المشروعة كتلك المرتبطة بتشغيل السفن والطائرات والأسلاك (الكابلات) وخطوط الأنابيب المعمورة ، وذلك رهن بالأحكام ذات الصلة التى تنص عليها الاتفاقية. (م ٥٨ من الاتفاقية) :

ويتضح من العرض الموجز الذى أسلفته أن مدرك المنطقة الاقتصادية الخالصة يقوم على المفاهيم التالية :ــ

أ ــ للدولة الساحلية حق أفضلية فى الثروات الحية وحق انحصارى فى الموارد غير الحية .

ب ــ للدولة المتضررة حق فى المشاركة على أساس منصف فى الموارد الحية للمنطقة ، وهى مشاركة تبنى على العدالة . ولذا فإنها تقتصر على الفائض من الثروات الحية ، كما أنها تمنع على الدول الرابية فى المنطقة الاقتصادية لدول نامية .

ج ــ محاولة ايجاد توازن بين السيادة الاقتصادية المقررة للدولة الساحلية وبين الحريات التى كانت تمارسها الدول فى تلك المنطقة قبل أن تصبح منطقة اقتصادية خالصة . وقد اختلف الفقهاء فى وصف ذلك التوازن تبعا لاختلافهم فى تكييف الطبيعة القانونية للمنطقة الاقتصادية الخالصة .

فهناك زمرة ذهبت إلى أن المنطقة جزء من البحر العالى ومن ثم فإن الأصل هو أن تمارس الدول فيها حرياتها التى تمارسها فى البحر العالى مالم يوجد منع أو تحديد صريح . وقال آخرون بأن المنطقة امتداد للبحر الساحلى وتبعا فإن للدولة الساحلية عليها مالها على بحرها الساحلى عدا ماورد من استثناءات فى الاتفاقية . واتجه فريق ثالث إلى أن المنطقة الاقتصادية منطقة من نوع خاص ولذا فإن لها نظامها الخاص الذى رسمته الاتفاقية .

حقوق الدول فى البحر الوقف : النظرة الإسلامية :

ومدرك البحر الوقف ــ شأنه شأن التحجير على مأأبين ــ هو من المدركات التى تحقق مقصد المال بالنسبة للدولة ومقصد المال هو أحد مقاصد التشريع الإسلامى الخمسة . وقد فصل الماوردى فى ذلك تفصيلا يكشف عن نظرة واقعية فقال : « خصب دائم أى الوفرة فى نتاج الأرض ، والممتلكات والأموال ، فيها يقل فى الناس الحسد وينتفى عنهم تباغض العدم ، وتتسع النفوس وتكثر المؤاساة والتواصل ، وذلك من أقوى الدواعى لصلاح الدولة ، وانتظام أحوالها ، لأن الخصب يؤول إلى الغنى ، والغنى يورث الأمانة والشجاعة » (أدب الدين والدنيا للماوردى ، ص ١٢٧) .

أما قاع المنطقة الاقتصادية فهو والإفريز القارى ــ على الرغم مما بينهما فى النظرية الغربية من فوارق ذات اهمية ثانوية ــ يتداخلان حكما فى النظرية الإسلامية ، وتبعا فإن حكمهما واحد وتكييف حقوق الدولة عليهما واحد لا سيما وأن امتداد القاع قد يختلف فى النظرية الإسلامية عنه فى النظرية الغربية ، وهو مايرد تفصيله عند الكلام على الإفريز القارى أو التحجير ولكن ماقول النظرية الإسلامية فى طبيعة المنطقة أهى جزء من البحر العالى أم جزء من البحر الساحلى (الحريم) أم هى منطقة بذاتها ؟ تحتمل الإجابة على هذا السؤال رأيين :

١ ــ فقد يقال إن مبدأ اشتراك الناس فى الماء يجعل أن الأصل فى كل ماء أنه مشترك والاستثناء غير ذلك ، ومن ثم فإن المنطقة الاقتصادية هى أصلا ماء مشترك ــ أى بحر عال ــ وردت عليه الاستثناءات التى أقرتها الجماعة الدولية ، وتبعا فإن حقوق الدولة الساحلية عليها يجب أن تفسر تفسيرا مضيقا .

٢ ــ وقد يقال ــ وهذا مأراه ــ إن الماء الذى يعنيه الحديث الشريف عندما قرر إشراك الناس فيه هو الماء العذب لأن الحكمة فى تلك الشركة ترجع

إلى ظروف الحياة العربية فى صحراء جرداء تفتقر إلى الماء وتعتبره إكسير الحياة لحاجتها إليه فى الشرب والسقى ، والماء الذى تتوفر فيه هذه الحكمة هو الماء العذب وليس الماء الأجاج . ومن ثم فالبحر الوقف ليس جزءا من البحر العالى (الأوقيانوس) كما أنه ليس جزءا من البحر الحريم لأن للبحر الحريم أحكامه وأوصافه الخاصة به والتى لا تنصرف إلى البحر الوقف . ومن ثم فإن البحر الوقف فى النظرية الإسلامية هو — فيما أقول — منطقة بذاتها لها أوصافها واحكامها الخاصة بها . بيد أن هذه الأحكام يمكن أن نستعيز بعضها من النظرية المعاصرة فى حدود ماأذكره بشأن الثروات والموارد وحكم القاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

قلت إن نظام الوقف هو أقرب النظم التى أرى أن اقتبس منها أحكام المنطقة الاقتصادية وأقرب إليه المفاهيم الدولية المعاصرة فى النظرة الإسلامية . وركيزتى فى ذلك أن الوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة أو غيرها لأنه عقد يقتضى التأبيد . وهو إذا كان على جمع محصور ينقل الملك فى العين الموقوفة على ذلك الجمع ولكنه سبب يزيل التصرف فى الرقبة أى انه يخرج العين عن حكم المالية لأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجراة لم يلزم كالإجارة والحرمان من حق التصرف فى العين لا يعنى عدم ملكيتها كأم الولد فإنه يملكها ولا يملك التصرف فى رقبتها .

وهذا هو ماينطبق على المركز القانونى للمنطقة الاقتصادية الخالصة ، وحق السيادة الاقتصادية الذى تمارسه الدوله عليها . ذلك أن السيادة الاقتصادية تعادل فى النظرية الإسلامية ملك المنفعة ؛ وهو ملك يقع على عين المنفعة دون الرقبة . (عدنان خالد التركمان — ضوابط الملكية ، المرجع السابق ، ص ١٧) . وفى قول آخر فإن مكنة الدولة فى التصرف إنما ترد على المنفعة دون الرقبة .

ذلك أن الواقف هى الجماعة الدولية والعين الموقوفة هى المنطقة الاقتصادية الخالصة والموقوف عليها هى الدولة الساحلية ، واتفاقية مونتيجو بشروطها — أو مايعادلها — هى بمثابة شروط الواقف .

والوقف مصدر وقف بمعنى حبس وأحبس وسبل . والأصل فيه ماورد عن عبد الله بن عمر قال « أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها . فقال يارسول الله إنى أصبت مالا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندى منه ، فما تأمرنى فيها . قال إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » وتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة بمعنى إمساك الذات عن أسباب التملكات وإطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمرة وغيرها للجهة المعنية . وسمى وقفا لان العين موقوفة وحبيسا لأن العين محبوسة .

ويحصل الوقف بكل ما أدى معناه ولو كان بألفاظ غير التى غلبت فى صياغة الوقف — ولذا فإن عبارات اتفاقية مونتيجو قد انشأت — فيما أرى — وقفا دوليا ولو أنها لم تورد اللفظ بذاته وإنما أوردت فى صياغتها معناه ودليل ذلك عندى أن أحكام المنطقة الاقتصادية الخالصة تتقارب — ولكن من منظور دولى — مع الأحكام الرئيسة فى الوقف .

فلو أننا نظرنا فى شروط صحة الوقف نجد أنها تقابل شروط قيام المنطقة الاقتصادية ، وإليك البيان :

١ — يشترط فى الوقف أن يكون فى عين معلومة يصح بيعها . وهذا هو حال المنطقة فهى عين معلومة يمكن أن تكون محل تصرفات دولية .

٢ — ان يكون الوقف فيما يمكن الانتفاع به وإنما مع بقاء عينه عرفا . والمنطقة كذلك يجرى الانتفاع بها دائما وتبقى عينها عرفا .

٣ — يتطلب فى الوقف أن يكون على بر ، والبر هنا اسم جامع للخير . وبدهى أن نظام المنطقة الاقتصادية الخالصة يستهدف خير الدولة الساحلية وغيرها من الدول لاسيما الدول الحبيسة والمتضررة ، كما أسلفت .

٤ — أن يقنع الواقف بالكفاية من الرزق ويجب ألا يمسك مايفضل عن حاجته ، وتلك هى الخلفية التى انبعثت عنها فكرة المنطقة الاقتصادية الخالصة حيث أنها تقف عند الحد الذى يوفر للجماعة الدولية

ككل ــ فى مياه المنطقة الاقتصادية وتربتها والتحترية ــ كفاية من الرزق وتبعا فلا داعى لحبس مايتجاوز ذلك عن الدول الساحلية التى يعيش شعبها على ثروات المنطقة الاقتصادية لاسيما ثروتها السمكية

٥ ــ أن يكون الوقف على جهة معينة ، والجهة هنا هى الدولة الساحلية لأن الوقف يقتضى تحبيس الأصل تحبيسا لاتجوز إزالته . ومن ملكه غير ثابت تجوز إزالته . بيد أن الوقف على جهة معينة لا يمنع من اشتراط منفعة لجهة أخرى كأن يقف الأمَة مثلا على زيد ويشترط تزويجها من عمرو لأن شرط الواقف يعمل به . وهنا شرط الواقف ــ أى أحكام معاهدة مونتيجو ــ أن توقف المنطقة على الدولة الساحلية ولكن تشترط شروطا لمصلحة الدول عموما وشروطا أخرى لمصلحة الدو الحبيسة والمتضررة خاصة .

٦ ــ أن يقع ناجزا غير معلق ولا مؤقت ولا مشروط بخيار ، وهذا هو الحال بالنسبة للمنطقة فإن الدولة إذ تعلن قيام المنطقة فإن حقها فيه يصبح ناجزا غير معلق ومؤبدا لا خيار فيه .

٧ ــ أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه فى ماله ، وهو المكلف الرشيد وقد قدمت أن اتفاقية مونتيجو ــ وهى اتفاقية دولية عالمية ــ أو شبه عالمية ــ هى التى كرست مدرك المنطقة الاقتصادية باسم الجماعة الدولية .

والجماعة الدولية أيا كان الخلاف حول تكييفها القانونى ممثلة فى الدول أعضاء الجماعة الدولية هى التى يصح تصرفها فيما هو مال مشترك لتلك الجماعة ، وهى بمثابة المكلف الرشيد فى مثل تلك التصرفات .

والقول عندى إن الدولة الساحلية لها صفتان : فهى موقوف عليه وهى أيضا بمثابة الناظر على الوقف . ولذلك فإن لها فى إدارة الوقف ــ إلى جانب حقها كموقوف عليه ــ ماللناظر من حقوق وعليها ماعليه من واجبات . ونظرا لأننى عندما أطلقت مسمى « البحر الوقف » على المنطقة الاقتصادية الخالصة قصدت أن أطلقه على اليم (عمود الماء) فحسب ــ من حيث أن قاعها

يختلط بالإفريز القارى، ولو أن هناك بعض الفوارق الثانوية فى شأن القاع بين قاع المنطقة والإفريز — فإن حقوق وواجبات الدولة الساحلية كناظر للوقف تنصرف أساسا إلى ماقى عمود الماء من ثروات . وتبعا فإن ماتتضمنه اتفاقية مونتيجو من أحكام تتعلق بالحفاظ على تلك الثروات فتضفى فى سبيل ذلك حقوقا والتزامات على الدولة الساحلية إنما يقابل ما للناظر من حقوق وماعليه من التزامات فى سبيل الحفاظ على عمارة الوقف ، ذلك أن اتفاقية مونتيجو قد عاملت الدولة الساحلية —من حيث هى ناظر — على أنها دولة مؤتمنة مكلفة بالتصرف ، هذا فضلا على أن فقهاء المسلمين يقولون إن الواقف إذا شرط تقديم الجهة (أى تقديم الموقوف عليه) عمل به مالم يؤد ذلك إلى تعطيل . فإذا أدى ذلك إلى تعطيل هدمت العمارة حفظا لأصل الوقف . وقد جاءت أحكام اتفاقية مونتيجو — على نحو مايتضح عند عرض تلك الأحكام — تطبيقا أمينا لذلك المبدأ .

كذلك يذهب الفقه الإسلامى إلى أنه إذا علم من ريع الوقف أنه يفضل دائما وجب صرف الفائض لأن بقاءه فيه فساده . وتلك القاعدة هى منطلق الحقوق التى قررتها اتفاقية مونتيجو للدول الحبيسة والمتضررة . ومانقرأه للفقهاء فى شأن غلة الوقف كقولهم إن وقف على ثغر فاختل الثغر صرف الموقوف على ثغر مثله ، حكم يحسن أن تتمثله الدولة الساحلية . كذلك يجوز تغيير صورة الوقف لمصلحة كأن يحيل الدار حانوتا . ومن ثم فإن البحث العلمى الذى يستعان به فى حسن ادارة المنطقة الاقتصادية يمكن — إلى جانب أن العلم ضالة المؤمن — أن يستند فى ترشيد أحكامه على هذه الفكرة .

ومن حيث أن اتفاقية مونتيجو قد أطلقت إضافة الحقوق على الدول الحبيسة والمتضررة دون تحديد فإن ذلك الإطلاق يقتضى — من حيث الاساس — التسوية بينها فى الحقوق مالم يقم مبرر للتمييز .

إن ماقدمت من افكار عامة فى التقريب بين فكرتى البحر الوقف والمنطقة الاقتصادية الخالصة يعنينى فى هذه الدراسة الكلية . وفى الأمر تفصيل يطول لمن يريد الاستزادة .

ومن المشكلات الطريفة فى خصوص البحر الوقف مشكلة كيفية اكتساب الدولة له ، وفى قول آخر ، هل تملك الدولة الساحلية بحرا وقفا تلقائيا أم انها تحتاج فى ذلك إلى اعلان .

لقد ناقش الفقه المعاصر هذه المشكلة بالنسبة للمنطقة الاقتصادية وانقسم حيالها فريقين :ـــ

أ ـــ فريق يرى أن المنطقة الاقتصادية تتقرر للدولة تلقائيا لأن اتفاقية مونتيجو قالت إن للدولة الساحلية حقوقا فى المنطقة الاقتصادية ولم تقل إنه يجوز للدولة الساحلية أن تنشىء منطقة اقتصادية (م٥٦ /١) ومن ثم فإن للدولة حقا لصيقا فى المنطقة الاقتصادية دون حاجة إلى أن تتخذ من أجل ذلك إجراء ما .

ب ـــ وفريق يرى أن الدولة لابد أن تعلن قصدها فى انشاء منطقة اقتصادية إن هى شاءت أن تكون لها منطقة ، واعتبار هذا الفريق هو أن القسم السادس من اتفاقية مونتيجو ـــ فى شأن الإفريز القارى ـــ ذكر صراحة أن الدولة تتمتع تلقائيا بإفريز قارى ، فلو أنه أراد أن يطبق ذلك الحكم على المنطقة الاقتصادية لذكر ذلك صراحة . أما وقد خلت الاتفاقية من مواد مماثلة فإنه لابد أن يختلف الحكم بين المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى فنتطلب فى قيام المنطقة الاقتصادية سبق الإعلان من الدولة المعنية .

وفى عقيدتى أن الرأى الثانى هو الأقرب إلى النظرية الإسلامية لأن الوقف لا يقوم تلقائيا بل لابد من أن تتخذ الإجراءات النظامية لإنشائه ، ومن ثم فإن الدولة التى تريد أن تنعم ببحر وقف عليها أن تعلن عن ذلك وتتخذ الإجراءات النظامية التى تعلم الدول به وبحدوده وقوانينها وتعليماتها بشأن استخدام الغير له .

ولما كانت أهم أحكام المنطقة الاقتصادية فى النظرية الغربية إنما تتعلق بكشف واستغلال الثروة الحية فإنى أناقش تلك الأحكام فى النظرية الإسلامية .

بيدأنى استملح أن أرجىء ذلك إلى مابعد استعراض مفهوم الإفريز القارى (التحجير) فى النظرية الإسلامية حتى أجمع الكلام عن الثروات الحية والموارد غير الحية فى عرض متكامل .

المبحث الرابع
فى
الإفريز القارى (التحجير)

الإفريز القارى فى المفهوم المعاصر :

انتهت الأبحاث العلمية الخاصة بسبر غور البحار إلى أن قاع البحر ينحدر انحدارا تدريجيا من الساحل حتى يصل إلى عمق مائتى متر تقريبا ثم يهوى فجأة بمنحدر عميق يسمى بالمنحدر القارى ، ومن هنا جاءت تسمية هذا الجزء من قاع البحر الذى يقع بين ساحل القارة وبين المنحدر القارى باسم الإفريز القارى (أو الهضبة الساحلية أو الجرف القارى أو الامتداد القارى أو الرصيف القارى أو الرفرف القارى) ولا أرى غضاضة فى أن استعمل مصطلح الإفريز القارى كمسمى للمنطقة فى النظرية الإسلامية . إلا أن هذا لا يعنى أن كل ساحل له إفريز قارى أو أن الإفريز القارى — إن وجد — فهو يمتد امتدادا متماثلا حيث يوجد . فهناك سواحل بلا إفريز — كما هو الحال بالنسبة لبعض الاجزاء فى ساحل شيلى وبيرو — فى حين أنه قد يصل إلى ثمانمائة ميل فى نواح أخرى كالبحر الأصفر مثلا .

وقد صاحب هذا المفهوم الجيولوجى المفهوم القانونى فى أول مولده ثم انفصل المفهومان فأصبح للإفريز القارى تعريف قانونى يختلف عن مفهومه الجيولوجى .

وقد عرفت المادة / ٧٦ من اتفاقية مونتيجو الإفريز القارى (الجرف القارى) بأنه « قاع وباطن أرض المساحات المغمورة التى تمتد إلى ماوراء بحرها (الإقليمى) فى جميع أنحاء الامتداد الطبيعى لإقليم تلك الدولة حتى

الطرف الخارجى للحافة القارية ، أو إلى مسافة ٢٠٠ ميل بحرى من خطوط الأساس التى يقاس منها البحر (الإقليمى) إذا لم يكن الطرف الخارجى للحافة القارية يمتد إلى تلك المسافة » (م ١/٧٦) ، وتضيف الفقرة السادسة من المادة ٧٦ أنه « لا تبعد الحدود الخارجية (للجرف القارى) فى الارتفاعات المتطاولة المغمورة بأكثر من ٣٥٠ ميلاً بحريا عن خطوط الأساس » .

وتمارس الدولة الساحلية فى الإفريز القارى سيادة اقتصادية تولت م ٧٧ من اتفاقية مونتيجو تفصيلها كالآتى :ـــ

١ ـــ تمارس الدولة الساحلية على (الجرف القارى) حقوقا سيادية لأغراض كشف واستغلال موارده الطبيعية .

٢ ـــ إن الحقوق المشار اليها فى الفقرة / ١ خالصة بمعنى أنه إذا لم تقم الدولة الساحلية بكشف الإفريز القارى ، أو استغلال موارده الطبيعية فلا يجوز لأحد ان يقوم بأوجه النشاط هذه بدون موافقة صريحة من الدولة الساحلية .

٣ ـــ لا تتوقف حقوق الدولة الساحلية على الإفريز القارى على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى إعلان صريح .

٤ ـــ تتألف الموارد الطبيعية المشار إليها ـــ فى هذا الجزء الخاص بالإفريز القارى ـــ من الموارد المعدنية وغيرها من الموارد غير الحية لقاع البحار وباطن أرضها بالإضافة إلى الكائنات الحية التى تنتمى إلى الأنواع الآبدة ، أى الكائنات التى تكون فى المرحلة التى يمكن جنيها فيها ، إما غير متحركة وموجودة على قاع البحر أو تحته ، أو غير قادرة على الحركة إلا وهى على اتصال مادى دائم بقاع البحر أو باطن أرضه .

ومن هذا التعريف يتضح أن الإفريز القارى يحتوى قاع المنطقة الاقتصادية بل وقد يتجاوزها إلى امتداد يبلغ كله ٣٥٠ ميلا بحريا .

وتنظم م ٧٦ من الاتفاقية الأحكام الخاصة بالإفادة من الإفريز القارى وماعلى الدول مراعاته فى ذلك الإفريز . وتتلخص تلك الأحكام فيما يلى :ـــ

١ ــ للدولة الساحلية سيادة اقتصادية فى الإفريز القارى تسمح لها بكشف واستغلال الموارد غير الحية وكذا العضويات الحية التى تعود إلى الأنواع الرسوبية . بيد أن هذا التعريف لاقى صعوبة ، من ذلك مثلا تصنيف القشريات البحرية وهل تدخل فى هذا التعريف أم لا تدخل . وقد أثارت هذه المشكلة خلافا بين فرنسا والبرازيل بلغ من حدته أن أصبح يشار إليه باسم حرب جراد البحر (Lobester) .

٢ ــ للدول الساحلية ــ إلى جانب ذلك ــ ما للدول عامة فى الإفريز القارى من حقوق مثل إرساء الاسلاك ومد خطوط الأنابيب المغمورة .

٣ ــ لا تحتاج الدولة ، كما أسلفت ، فى إقرار حقوقها إلى إعلان أو ممارسة فهى تملك الحقوق تلقائيا وتحملها سواء مارستها أم لم تمارسها .

الإفريز القارى فى المفهوم الإسلامى :

إن مدرك الإفريز القارى على النحو الذى قدمت هو من قبيل السعى فى هذه الحياة ، والله تعالى يقول « وأن ليس للانسان إلا ماسعى وأن سعيه سوف يرى » (النجم / ٤٠) . ومن ثم فإن مدرك الإفريز القارى يتفق مع مدرك المنطقة الاقتصادية فى أن كليهما يستهدفان تحقيق رفاهية الدولة الساحلية المعنية ، وفى قول آخر هما صورتان من صور تحقيق أحد المقاصد الرئيسة للدولة فى النظرية الإسلامية ، وهو المال .

إذن فكيف نكيف هذا المدرك فى النظرية الإسلامية ؟ . إن القول عندى إن مدرك الإفريز القارى هو تصور ــ على الصعيد الدولى ــ لمدرك التحجير فى العلاقات الداخلية .

والتحجير شرعا هو أن يضع الشخص علامة فى الأرض الموات تدل على سبقه إليها (محمد ابو زهرة ــ الملكية ونظرية العقد ، ص ١١٣) .

واللفظ له تفسيران فقد يكون من مادة « حجر » مخففة بمعنى منع ، لأن من يضع العلامات إنما يقصد بوضعها إلى منع غيره إحياء الموات الذى حدد

علاماته . وقد يكون من مادة « حجر » مشددة من حيث أن وضع الأحجار يميز القطعة التى حجرت فلا يضر بها أحد لاحيائها .

والتحجير يثبت لمن يقوم به حق تقدم وأولوية على غيره أى أنها أحقية اختصاص لا ملك ولذا فإن التحجير لا يثبت لصاحبه ملكا لقطعة الأرض التى حجرها .

ويشترط لثبوت هذا الحق شرطان :

١ ــ ألا تتجاوز مساحة القطعة المحجرة قدر كفاية المحجر .

٢ ــ أن تتوفر لدى المحجر القدرة على الاحياء .

والشرطان مرجعهما إلى الحرص على عدم التضييق على الغير ممن هو قادر على الاحياء فى حق مشترك بين الجميع حتى لا يتعطل ذلك الإحياء بلا مبرر وإلا كان المحجر ظالما ومتعديا .

ومسايرة لمنطق الإحياء وعدم إضاعة الفرصة على الغير القادر بمجرد وضع العلامات اتفق الفقهاء على أن حق المحجر يسقط بعد ثلاث سنوات إذا وضع علاماته ولكنه لم يقم بالإحياء خلال تلك المدة . ولذا يجيز الفقهاء للغير ــ بعد فوات فترة السنوات الثلاثة تلك ــ أن ينتزعها من المحجر ولو بالقهر والغلبة مادام أنه يحبسها . غير أن الفقهاء اختلفوا فى ماإذا تعرض الغير لإحياء الأرض المحجرة خلال السنوات الثلاث :

أ ــ فقال بعضهم إنه حق ثابت ديانة لا قضاء ، أى أن على الناس أن يحترموا الحق ديانة ولكنهم لا يلزمون به قضاء لأن من يحيى الأرض الموات يملكها ، ذلك أن حقه فى الملك صار أقوى من حق المحتجر باليد .

ب ــ وقال آخرون إن من يحيى بعد التحجير وخلال السنوات الثلاث معتد ولا يصح أن يكون الظلم سببا فى اثبات الملكية . وحق المحتجر أولى من حق غيره ، وهذا هو الرأى الذى أرجحه لقوة حجته ، وأسوق منها قول الرسول ﷺ « من سبق إلى مالم يسبق له مسلم فهو أحق

به » (نيل الأوطار ٣٤٠/٢) . وقد روى عن عمر أنه قال : من كانت له أرض (ويعنى هنا التحجير) فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمّروها فهم أحق بها فدل بذلك على أن من يعمرها من الغير قبل ذلك لا يملكها .

أما إذا تجاوزت المدة السنوات الثلاث أُعذر بالتعمير أو الترك وجاز إمهاله لفترة قصيرة يقدرها الفقهاء بأشهر قليلة ، أو تحدد حسب العرف فى قول الشافعي — إن طلب المحتجر امهاله .

ويذهب الجمهور إلى أن حق التحجير يورث لأن الحقوق أموال فتورث ويخالف الحنفية فيرون أنه لا يورث لأن الحقوق عندهم ليست بأموال . ورأى الجمهور عندى هو الأول بالاتباع فى هذه الجزئية .

أما القواعد التى وضعتها اتفاقية مونتيجو لتحديد الإفريز القارى فهى بمثابة تحجير للمنطقة لأن علامات الحدود الدولية — أيا كانت صورتها — هى الترجمة الدولية لمفهوم التحجير على مستوى الأشخاص ، والإفريز القارى هو من قبيل الأرض الموات لأنها منطقة غير مستغلة ومن ثم فان حق الدولة الساحلية فى كشف واستغلال مابها من موارد معدنية وثروات حية هي صوره إحياء تلك المنطقة ، كما أن حق الدولة على المنطقة حق يتعلق بما فيها من منافع اقتصادية وليس متعلقا برقبة المنطقة ؛ أى أنها أحقية اختصاص لا ملك شأن التحجير .

ولا أرى مانعا فى ان تتبنى النظرية الإسلامية ماجاءت به اتفاقية مونتيجو فى شأن طريقة تحديد الإفريز القارى والحقوق التى تمارسها الدولة الساحلية والدول الأخرى فى الإفريز القارى .

بيد أن النظرية الإسلامية لا تجارى النظرية الغربية فى تعطيل ثروات المنطقة فهى لا تضفى الاختصاص على الدولة تلقائيا وتحصره فيها حتى ولو سكتت الدولة عن الكشف والاستثمار ، أو كانت غير قادرة عليه ومهما طال زمن السكوت أو العجز . ولذا فإن امتداد منطقة التحجير فى النظرية الإسلامية لابد أن يختلف عن امتداد الإفريز القارى فى اتفاقية مونتيجو .

١ ـــ إن النظرية الإسلامية أكثر واقعية وأقرب إلى رعاية مصالح الجماعة الدولية من النظريات الغربية لأن تطبيق النظرية الغربية قد يؤدى إلى تعطيل كشف واستثمار منطقة يحتمل أن تمتد بالنسبة للدولة إلى مسافة ٣٥٠ ميلا بحريا من خط الأساس دون مبرر وبلا حكمة ظاهرة سوى ارضاء عنجهية الدول واشباع كبريائها الخاوى . إن النظرية الإسلامية تتطلب من الدول الساحلية أن تكون دوؤبة على كشف واستغلال إفريزها القارى وإلا جاز للدول الأخرى القادرة والراغبة أن تتقدم هى للكشف والاستغلال . بيد أن فترة السنوات الثلاث التى حددها الفقه فى العلاقات الداخلية فترة قصيرة بالنسبة للعلاقات الدولية ولذا يمكن ـــ عند تطبيق النظرية الإسلامية ـــ أن تتفق الدول على حد زمنى يكون على الدولة الساحلية بدء الكشف والاستغلال خلاله ، وكذا الاتفاق على الأعذار التى يمكن أن تبرر إمهال الدولة الساحلية لفترة أو فترات إضافية ثم بعد ذلك يسقط حق الأفضلية المقرر للدولة الساحلية .

ولما كنت من الرأى الذى لا يسمح للغير خلال الفترة الممنوحة بأن يتقدم للإحياء فإنى أرى أنه لا يجوز لدولة غير أن تتقدم للإحياء خلال الفترة المحددة ، وإلا كانت معتدية كما أسلفت .

والحق أن المادة الأولى من اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ بشأن الإفريز القارى هى أقرب فى روحها إلى النظرية الإسلامية لأنها تحدد الإفريز القارى بمناطق قاع البحر وماتحت القاع من الطبقات المتصلة بالساحل والتى توجد خارج دائرة البحر الساحلى إلى عمق مائتى متر من سطح الماء أو إلى مايتعدى هذا الحد حيث يسمح عمق المياه من السطح باستغلال الموارد الطبيعية لتلك المناطق والمادة تضع معيارين :ـــ

أ ـــ معيارا قياسيا يحصر الإفريز القارى فى امتداد محدود هو مفهومه الجيولوجى ، وهذا له منطقه .

ب ـــ معيارا استثماريا ، وهذا يتوقف على كشف واستثمار المنطقة فهو يحدد منطقة الإفريز القارى فى القطعة التى تقوم الدولة الساحلية بكشفها

واستثمارها . وهذا هو المعيار الذى وضعه الفقه الإسلامى لمنطقة التحجير فهو ـ كما اسلفت ـ يقصر المنطقة على ماهو لازم للدولة الساحلية وتكون قادرة على كشفه واستغلاله ، ويتطلب حصول ذلك الكشف والاستغلال فعلا .

ومن ثم فإن أحكام اتفاقية جنيف فى الإفريز القارى تكاد تتطابق مع مدرك التحجير فى مفهوم النظرية الإسلامية . ولعل مانسب إلى نص الاتفاقية المذكورة من غموض هو الذى دعى اتفاقية مونتيجو إلى الأخذ بالعيار الأصم الذى سجلته فى مادتها / ٧٦ . فجاءت أحكامها على ماأوضحت من مرونة فضفاضة .

المبحث الخامس
فى
الثروات والموارد البحرية فى المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى

تمهيد :

قلت إن فى البحر ثروات وموارد وعنيت بالثروة مايُدره البحر من خيرات متجددة أى من أحياء بحرية ، لأن الحياة البحرية تتوالد وتتكاثر بحكم أنها حياة ، أما الموارد فهى ما يحتويه البحر من معادن وكنوز ، وقد أطلقت عليها مسمى الموارد لأنها تفتقر ـ بحكم أنها غير حية ـ إلى خاصية الإثراء والتكاثر .

وقد خص القانون الدولى المعاصر كلا من الثروات والموارد البحرية بأحكام تختلف بالنسبة لكل عن الأخرى ،وأطلق على الثروات البحرية مسمى « الثروات الحية » وأطلق على الموارد مسمى « الثروات غير الحية » . وأتناول كلا من الفئتين بكلمة على حدة .

الفرع الأول
فى
الثروات البحرية الحيـة

مفهوم الثروة الحية فى النظرية المعاصرة والنظرية الإسلامية :

لم تعن اتفاقية خليج مونتيجو بإيراد تعريف للثروة البحرية الحية ، بل إن نصوص الاتفاقية التى تعالج أحكام تلك الثروة تتخبط فى مقصودها فهى تارة توحى بأن المعنى بتلك الاحكام هى الثروة السمكية وتارة توحى بأن الثروة البحرية الحية ذات مدلول أوسع من الأسماك .

أما الثروة البحرية الحية فى النظرية الإسلامية فلها مدلولان :

١ ـــ مدلول موسع ، يتناول كل الحيوان البحرى دون استثناء ، وذلك هو مدلول الثروة البحرية الحية التى ينتفع بها فى غير الأغراض الغذائية .

٢ ـــ مدلول مضيق ، ويقتصر على السمك وثعبان الماء وغيره من الحيوان البحرى الذى لا يدخل فى الخبائث ، وهذا هو مدلول الثروة البحرية الحية التى ينتفع بها فى الأغراض الغذائية .

ومن ثم فإن الفرق بين المدلولين هو أن مايعتبر من الخبائث ـــ مثل الضفدع ـــ يدخل فى المدلول الموسع ولكنه يخرج عن المدلول المضيق . وتبعا فإن النظرية المعاصرة للثروة البحربة الحية تماثل النظرة الإسلامية لأنها تأخذ بالمعنى الموسع والمضيق . وهى تأخذ بالمعنى المضيق فى الأغراض الغذائية وبالمعنى الموسع فى غير الاغراض الغذائية . إذن يمكن أن نقول إن الثروة البحرية الحية فى النظرتين هى كل الحيوان البحرى مالم تكن الأحكام متعلقة بالأغراض الغذائية فإن الخبائث تخرج عن التعريف ويبقى من الحيوان البحرى ماليس خبيثا .

ولما كانت الثروة البحرية الحية بمعناها المضيق ـــ أى الثروة البحرية

الغذائية — إنما تنصرف إلى ماهو غذاء للإنسان ، وهى بذلك تقصر المعنى على ماليس خبيثا ، فقد انطلق الفقهاء المسلمون فى تعريف الثروة البحرية الغذائية من معيار الحل والحرمة ، فما كان حلالا فهو من مفردات تلك الثروة وماكان خبيثا خرج عن تلك المفردات . ويمكن أن أقسم الفقه التقليدى فى تعريفه للثروة الغذائية البحرية الحية إلى ثلاثة فرقاء :

أ — ابو حنيفة ، ويرى أن السمك — وكذا ثعبان الماء — هو وحده الحلال وتبعا فإن الثروة البحرية الحية الغذائية عنده هى الأسماك وثعبان الماء . ويستدل أبو حنيفة على رأيه بما يلى :

١ — قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » (المائدة /٣) . فقد ورد التحريم فى الآية مطلقا دون تمييز بين ماهو بحرى وماهو غير بحرى .

٢ — قوله عز وجل « ويحرم عليهم الخبائث » (الاعراف / ١٥٧) فهو يعتبر أن الأحياء المائية — فيما عدا السمك وثعبان الماء — من الخبائث .

٣ — نهى رسول الله عن قتل الضفدع ، والنهى عن القتل يقتضى تحريم الأكل ، وتبعا فهو تحريم للضفدع . ومن ثم فإن الضفدع يعد من الخبائث .

ب — مالك ، ويحل جميع الحيوان البحرى دون استثناء ، وتبعا فإن الأحياء البحرية تدخل عنده جميعها فى مفهوم الثروة البحرية الحية ، ويستند فى ذلك إلى :—

١ — ظاهر الآية الكريمة « أحل لكم صيد البحر » (المائدة / ٩٦) . فعبارة التحليل عامة تغطى الأحياء المائية كلها وتجعل صيدها حلالا .

٢ — قول الرسول ﷺ عندما سئل عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » . فلم يقصر التحليل على السمك وحده .

٣ — حديث أبى سعيد الخدرى قال : كنا فى سفرنا فأصابتنا مجاعة فألقى لنا

البحر دابة يقال لها عنبرة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا إلى رسول الله ﷺ فسألناه عن ذلك قال « هل عندكم شيء فتطعمون » (صحيح مسلم / باب إباحة ميتة البحر) .

ج ـ الشافعي وأحمد ، ويحلان جميع الحيوان البحرى ـ عدا الضفدع ـ أى باستثناء الضفدع فإن كل الحيوان البحرى يندرج تحت مفهوم الثروة البحرية الحية . وقد استثنينا الضفدع استنادا إلى حديث الضفدع الذى نهى الرسول عن قتله ، كما أسلفت .

بيد أننى أرى أن تعريف الثروة البحرية الحية فى هذه الدراسة يجب أن يشمل المعنيين ـ الواسع والضيق ـ لأن للثروة البحرية الحية استخدامات ومنافع تتجاوز الغذاء . على أن نفرق فى الأحكام بين المفهومين فتطبق على كل مفهوم مايناسبه من أحكام . وأغلب الظن أن الفقه التقليدى لم يتعرض لمناقشة حكم الثروة البحرية الحية التى تعد بالنسبة للغذاء من الخبائث ـ لأن تقانة عصره لم تزوده بفوائد لتلك الثروة ، ومعرفته بالبحر كانت قاصرة ـ فى شأن الثروة الحية ـ على استخراج لحم طرى منه ليأكله الناس . أما اليوم ـ فإننا نعلم أن ماقد يعد من خبائث الغذاء له نفع فى أمور علمية أخرى ، ولذا فإنه يعتبر ـ من هذه الناحية ـ من قبيل الثروة التى تستهم الدراسات القانونية . أما التحريم الذى جاءت به آيات القرآن الكريم فهو ـ كما فهمه الفقه التقليدى ـ تحريم يتعلق بالغذاء لما يعتبر من الخبائث. ودليلى على ذلك هو ماقاله الحنفية فى الرد على مالك .

ذلك أن القول بأن كل الحيوان البحرى حلال لا يتفق مع تحريم أكل الضفدع . ثم إن الآية التى استند إليها مالك بشأن تحصيل صيد البحر إنما تقصد إلى فعل الصيد وليس الصيد لأن الاصطياد هو الصيد حقيقة أما الصيد فهو مفعول فعل الصيد .

ثم إن الصيد اسم لما يتوحش ويمتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة . والتوحش والامتناع صفة تثبت حال الاصطياد وتسقط بالأخذ أو الصيد .

يؤكد ذلك أن تحليل ميتة البحر قد خصص بقوله ﷺ « أحلت لنا ميتتان ودمان : الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال » فدل بذلك على أن الحلال من ميتة البحر هو السمك .

بيد أن هذا القول لا ينهى القضية فإن هناك تصورات تثير الجدل حول ماإذا كانت تدخل فى مدلول الخبائث أم لا .

١ ـــ فهناك مثلا السمك الذى يموت بغير سبب ويطفو على سطح الماء هل هو حلال أم من الخبائث ؟

يقول الحنفية والشيعة والإمامية بتحريمه استنادا إلى مايلى :ـــ

أ ـــ ماروى عن الرسول من أنه قال : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه » .

ب ـــ كان على بن أبى طالب يقول للسماكين : « لا تبيعوا الطافى فى اسواقنا » ، وهذا يعنى عدم جواز أكله .

جـــ ما روى عن ابن عباس من أنه قال « أكل الطافى حرام » .

ولكنى مع الرأى الذى يقول بأن الحديث غير صحيح وأنه حتى لو صح فالنهى فيه يحمل على الكراهية لأن السمك لا يطفو إلا إذا كان نتنا فكرهه الرسول لذلك. وقول على قد يحمل كذلك على الكراهية . ولذا فالقول عندى هو رأى الجمهور أى الإباحة مطلقا سواء كان الموت بسبب أم بغير سبب ، وسواء رسب فى القاع أم طفا على سطح الماء استنادا إلى قوله عز وجل « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة » . ذلك أن لفظة « طعامه » معطوفة على صيد البحر والمراد به ، وجد فيه ميتا . وأصدق ماينطبق عليه اسم الميتة هو الطافى لأن الميت حقيقة يطفو ، فيكون حلالا بنص الكتاب (عبد الله الرشيد ـــ المرجع السابق ١٠٦ ، ص ٢٥٦) . كذلك وردت لفظة الميتة بصيغة العموم فى الحديثين الذين أشرت إليهما من قبل فدل ذلك العموم على حل السمك فى كافة أحواله .

٢ ــ الكائنات الحية التى تنتمى إلى الأنواع الآبدة ــ كما اسمتها اتفاقية مونتيجو ــ وهى الكائنات التى تكون فى المرحلة التى يمكن جنيها فيها إما غير متحركة وموجودة على القاع أو تحته ، أو غير قادرة على الحركة إلا وهى على اتصال دائم بقاع البحر أو باطن أرضه (م ٤/٧٧ من الاتفاقية) . وأغلب الظن أن تلك الكائنات تعد من قبيل الخبائث الغذائية ولذا فهى تدخل فى تعريف الثروة الحية بمعناها الواسع ، ولا يفوتنا هنا أنها ــ على خلاف السمك ــ لا تقوم فى الماء وإنما توجد فى القاع (الإفريز القارى) .

واخلص مما سلف إلى مايلى :ــ

أ ــ تطبيق الأحكام المتعلقة باستثمار الثروة الحية للأغراض الغذائية على ماليس من الخبائث الغذائية .

ب ــ تطبيق الأحكام المتعلقة باستثمار الثروة الحية لغير الأغراض الغذائية على ماهو غير حل فى الأكل ، بل وقد يطبق على ماهو حل إذا استخدم فى غير الأغراض الغذائية .

حق الدولة فى الثروة البحرية فى النظريتين المعاصرة والإسلامية :

أناقش هنا حق الدولة على الثروة الحية التى توجد فى المناطق التى تخرج عن السيادة الوطنية ، وهى المنطقة الاقتصادية والإفريز القارى .

تتمتع الدولة ــ فى اتفاقية مونتيجو ــ بولاية ــ أى بسيادة اقتصادية ــ على الثروات البحرية الحية التى توجد فى المنطقة الاقتصادية إذا ما أعلنت الدولة ولايتها على تلك المنطقة . كما تتمتع بتلك الولاية على مايوجد فى الإفريز القارى من ثروة بحرية حية وهى ولاية تلقائية دون حاجة إلى إعلان او احتلال فعلى أو حكمى (م ٣/٧٧ من الاتفاقية) . والثروة الحية التى توجد فى الإفريز القارى هى الكائنات الآبدة ، أما الاسماك وغيرها من الحيوان فيوجد فى عمود الماء فى المنطقة الاقتصادية . ولذا أناقش موقف النظرية الإسلامية من الثروات الحية فى المنطقة الاقتصادية ثم اثنى على ذلك بموقفها من الثروة الحية فى الإفريز القارى . ولما كان السمك فى النظرية الإسلامية هو عماد الثروة فى المنطقة الاقتصادية

فإن حكم النظرية الإسلامية فى الثروة الحية الكائنة بالمنطقة الاقتصادية يمكن تبيانه عن طريق تحديد الأحكام الخاصة بالثروة السمكية .

والسمك هو من الصيد المباح ويملك بالسبق اليه ، والسبق أى الاستيلاء ـــ قسمان :ـــ

١ ـــ استيلاء حقيقى ، أى بوضع اليد فعلا أو بالقوة . وهذا يملك بدون نية .

٢ ـــ استيلاء حكمى ، أى بالتهيئة ، ويكون باستعمال الآلات وتهيئة المباح لوضع اليد . والحكمى لا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد الإحراز حسب رأى الجمهور . وللشافعى وأحمد رواية فى الحكمى أنه كالحقيقى . ويعتبر إعلان الدولة ولايتها على المنطقة الاقتصادية ـــ فيما أرى ـــ هو من قبيل التهيئة ـــ أى الاستيلاء الحكمى ـــ وهذا يعد بمثابة حيازة ولكنها حيازة غير كاملة فى رأى الجمهور ، وذلك قياسا على حيازة السمك فى خليج خاص أو نهر صغير . وتبعا فإن التهيئة ترتب حقا بالأفضلية للدولة الساحلية ولكنها لا تضفى حقا انحصاريا على الدولة الساحلية . فلو أن دولة أخذت صيدا من المنطقة الاقتصادية فإن للدولة الساحلية أن تستعيد هذا الصيد إذا كانت هى الأقرب إليه بما لديها من إمكانات وأدوات . وفى قول آخر إذا كانت لديها القدرة على الحصول على الصيد ، وأبنى قولى هذا على القياس فى المثل الذى ضربه الفقه التقليدى ، وهو أنه إذا نصب الفسطاط فتعلق الصيد به ملكه ولو نصبها له فتعلق بها فأخذه غيره فإن كان الأول بحيث لو مد يده ملكه فيأخذه من الثانى وإلا فلا .

ومن ثم فإن الحكم بالنسبة للثروة السمكية فى المنطقة الاقتصادية يتلخص فيما يلى :ـــ

١ ـــ للدولة الساحلية حق أفضلية على مايوجد فى تلك المنطقة من ثروة سمكية .

٢ ـــ يتأكد هذا الحق فى نطاق قدرة الدولة الساحلية على الصيد ، وتبعا فإن الدولة الساحلية تعتبر حائزة للكمية من الثروة السمكية التى تتوفر لديها

الإمكانات التقائية والعملية على صيدها . بيد أن الدولة قد تملك من وسائط الصيد مايوفر لها مكنة صيد مايفيض عن حاجتها فى حين أن هناك دول أخرى تحتاج إلى ذلك الفائض لأن شعبها يعتمد على الثروة السمكية فى تأمين غذائه . وهنا نطبق ــ فيما أرى ــ قاعدة لا ضرر ولا ضرار . فيكون على الدولة الساحلية أن تقتصر فيما تصطاده ــ أو فيما تدعى ملكيته ــ على الكمية التى تسد حاجتها ، أما مازاد عن ذلك فلا تأخذه وتتركه لمن هو فى حاجة إليه وإلا كانت متعسفة فى استعمال حقها فى الملكية لا سيما وأنه مبنى على حيازة اعتبارية .

٣ ــ أما إذا كانت إمكانات الدولة الساحلية تقصر عن احتياز ماهى فى حاجة إليه فإن حقها فى تملك ماتحتاجه زائدا على ماتوفره لها إمكاناتها التقانية والعملية يتوقف على وضع اليد الحقيقى ، أى حيازة السمك فعلا بصيده .

٤ ــ وإذن فحق الدولة الساحلية يتحدد فى المنطقة الاقتصادية كالآتى :ــ

أ ــ بالنسبة لما تحتازه حكما فإنها تملك أقل الكميتين : ماتحتازه حكما وماتحتاجه فعلا .

ب ــ بالنسبة لما تحتازه فعلا فإنه يكون خالصة لها لا ينازعها فيه أحد .

٥ ــ أما حق الدول الغير فيتحدد فيما يفيض عما تملكه الدولة الساحلية استنادا إلى حيازتها الحكمية أو الفعلية ، وهنا تختلف النظرية الإسلامية عن النظرية المعاصرة .

والقول عندى إن هذه القسمة أكثر تحقيقا للعدالة مما جاءت به اتفاقية مونتيجو والمقارنة توضح ماأعنى .

إن هناك نصوص فى الاتفاقية تتعلق بالثروة السمكية ويمكن ــ فى تقديرى ــ أن أدرجها ضمن ماتقول به النظرية الإسلامية وتتلخص تلك النصوص ــ وهى المواد ٦١ ــ ٦٨ فيما يلى :ــ

حفظ الموارد الحية :

تقرر الدولة الساحلية كمية الصيد المسموح بها من الموارد الحية فى منطقتها الاقتصادية الخالصة . وتكفل عدم تعرض بقاء الموارد الحية فى المنطقة الاقتصادية الخالصة لخطر الاستغلال المفرط . وتتعاون الدولة الساحلية مع المنتظمات الدولية المختصة لتحقيق هذه الغاية .

ويكون من أهداف هذه التدابير أيضا صون أرصدة الأنواع المجتناة أو تجديدها بمستويات يمكن أن تدر أقصى غلة قابلة للدوام .

ويتم بصورة منتظمة تقديم وتبادل ماهو متوافر من المعلومات العلمية ، والإحصائيات عن كمية الصيد وعن مجهود الصيد ، وغير ذلك من البيانات المتصلة بحفظ الأرصدة السمكية عن طريق المنتظمات الدولية المختصة وباشتراك كافة الدول المعنية .

الانتفاع بالموارد الحية

تعمل الدولة الساحلية على تشجيع هدف الانتفاع الأمثل بالموارد الحية فى المنطقة .

وتقرر قدرتها على جنى الموارد الحية للمنطقة . وعندما لا تكون للدولة الساحلية القدرة على جنى كمية الصيد المسموح بها بأكملها ، تتيح للدول الأخرى ، عن طريق الاتفاقات أو غيرها من الترتيبات فرص الوصول إلى الفائض من كمية الصيد المسموح بها .

وتضع الدولة الساحلية فى اعتبارها ، عند اتاحتها للدول الأخرى فرصة الوصول إلى منطقتها الاقتصادية الخالصة ، كافة العوامل المتصلة بالأمر ، ومنها بين أمور أخرى ، أهمية الموارد الحية فى القطاع بالنسبة إلى اقتصاد الدولة الساحلية المعنية وإلى مصالحها الوطنية الأخرى ، واحتياجات الدول النامية فى المنطقة لجنى جزء من الفائض ، وضرورة الاقلال إلى أدنى حد من الاختلال

الاقتصادى فى الدول التى اعتاد رعاياها الصيد فى المنطقة أو التى بذلت جهدا كبيرا فى اجراء البحوث المتعلقة بتلك الأرصدة وفى التعرف عليها .

ويتقيد رعايا الدول الأخرى الذين يقومون بالصيد فى المنطقة الاقتصادية الخالصة بتدابير الحفظ وبالشروط والأحكام الأخرى المقررة فى قوانين وأنظمة الدولة الساحلية .

وتتولى الدول الساحلية الإشعار الواجب عن قوانين وانظمة الحفظ والادارة .

الأرصدة التى توجد داخل المناطق الاقتصادية الخالصة لدولتين ساحليتين أو أكثر أو فى كل من المنطقة الاقتصادية الخالصة والقطاع الواقع وراءها والملاصق لها :

عند وجود الرصيد ذاته أو أرصدة من أنواع مترابطة داخل المناطق الاقتصادية الخالصة لدولتين ساحليتين أو أكثر ، تسعى هذه الدول ، إمّا مباشرة أو عن طريق المنتظمات المناسبة ، إلى الاتفاق على التدابير اللازمة لتنسيق وضمان حفظ وتنمية هذه الأرصدة .

وعند وجود الرصيد ذاته أو أرصدة من أنواع مترابطة فى كلا المنطقة الاقتصادية الخالصة وقطاع واقع وراءها وملاصق لها ، تسعى الدولة الساحلية والدول التى تقوم بصيد هذه الأرصدة فى القطاع الملاصق ، إما مباشرة أو عن طريق المنتظمات المناسبة ، إلى الاتفاق على التدابير اللازمة لحفظ هذه الأرصدة فى القطاع الملاصق .

الأنواع الكثيرة الارتحال :

تتعاون الدولة الساحلية ، مباشرة أو عن طريق المنتظمات الدولية المناسبة ، مع الدول الأخرى التى يصيد رعاياها فى المنطقة الاقليمية الأنواع الكثيرة الارتحال ، وذلك بقصد تأمين حفظ هذه الأنواع والانتفاع بها على الوجه الأمثل ، سواء داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة أو خارجها .

الثدييات البحرية :

ليس فى هذه الأحكام مايحدّ من حق دولة ساحلية أو من اختصاص منتظم دولى ، حسب الاقتضاء ، فى حظر استغلال الثدييات البحرية أو تقييده أو تنظيمه على نحو أكثر صرامة مما هو منصوص عليه فى هذه الأحكام . وتتعاون الدول من أجل حفظ الثدييات البحرية ، وعليها ، فى حالة الحيتانيات ، أن تعمل بصورة خاصة من خلال المنتظمات الدولية المناسبة على حفظها وادارتها ودراستها .

الأنواع البحرية النهرية السرء

يكون للدول التى تنشأ فى أنهارها الأنواع البحرية النهرية السرء المصلحة العامة فى هذه الأنواع وتقع عليها المسؤولية الأولى بشأنها .

وتكفل دولة منشأ الأنواع البحرية النهرية السرء حفظ هذه الأنواع عن طريق وضع التدابير المناسبة لتنظيم الصيد فى جميع المياه التى تقع فى اتجاه البر من الحدود الخارجية لمنطقتها الاقتصادية الخالصة . وللدولة المنشأ أن تحدد ، بعد التشاور مع الدول الأخرى المعنية بصيدها من الأنواع التى يكون منشؤها فى أنهار .

ولا يجرى صيد الأنواع البحرية النهرية السرءفى غير المياه التى تقع فى اتجاه البر من الحدود الخارجية للمناطق الاقتصادية الخالصة ، الاّ فى الحالات التى يمكن أن يسبب هذا الحكم فيها اختلالا اقتصاديا لدولة غير دولة المنشأ ، أما فيما يتعلق بهذا الصيد خارج الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة ، فإن على الدول المعنية أن تجرى مشاورات بهدف التوصل إلى اتفاق حول أحكامه وشروطه ، مع إيلاء المراعاة الواجبة لمتطلبات حفظ تلك الأنواع ولاحتياجات دولة المنشأ منها ، وتتعاون دولة المنشأ على الإقلال إلى أدنى حد من الاختلال الاقتصادى فى هذه الدول الأخرى التى تصيد تلك الأنواع ، آخذة فى الاعتبار كمية الصيد المعتادة ونمط عمليات تلك الدول وجميع القطاعات التى جرى فيها مثل هذا الصيد .

وفى الحالات التى ترتحل فيها الأنواع البحرية النهرية السرء إلى مياه واقعة فى اتجاه البر من الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة لدولة غير دولة المنشأ ، أو خلال تلك المياه ، تتعاون هذه الدولة مع دولة المنشأ فيما يتعلق بحفظ وادارة أرصدة هذه الأنواع .

الأنواع النهرية البحرية السرء

تقع على الدولة التى تقضى الأنواع النهرية البحرية السرء الجزء الأكبر من دورة حياتها فى مياهها مسؤولية ادارة هذه الأنواع ، وعليها أن تؤمن دخول الأسماك المرتحلة وخارجها .

ولا تجتنى الأنواع النهرية البحرية السرء فى غير المياه التى تقع فى اتجاه البر من الحدود الخارجية للمنطقة الاقتصادية الخالصة .

القيود المتصلة بنقل الحقوق

لا تنقل حقوق استغلال الموارد الحية المعنية هنا بشكل مباشر أو غير مباشر ، إلى دول ثالثة أو إلى رعاياها ، سواء بالتأجير أم بالترخيص أم باقامة مشاريع مشتركة أو بأية طريقة أخرى يكون لها أثر إحداث ذلك النقل مالم تتفق الدول المعنية على غير ذلك .

تنفيذ قوانين وانظمة الدولة الساحلية

للدولة الساحلية ، فى ممارسة حقوقها السيادية فى كشف واستغلال وحفظ وادارة الموارد الحية فى المنطقة الاقتصادية الخالصة ، أن تتخذ تدابير من بينها تفقد السفن وتفتيشها واحتجازها واقامة دعاوى قضائية ضدها ، وفقا لما قد تقتضيه الضرورة ، لضمان الامتثال للقوانين والأنظمة التى اعتمدتها .

ويخلى من غير تأخير سبيل السفن التى أخضعت للاحتجاز وطواقمها لدى تقديم كفالة معقولة أو ضمان آخر .

وفى حالات احتجاز السفن الأجنبية أو احتباسها ، على الدولة الساحلية أن

تسارع إلى ابلاغ دولة العلم ، بالوسائل المناسبة ، بالاجراء المتخذ وبأية عقوبات تفرض بعد ذلك .

ولكن فى الاتفاقية نصوص لا يتفق حكمها مع أحكام النظرية الإسلامية — كما أسلفت — ولعل أهم تلك النصوص هى فقرات مما ورد فى المادتين ٦٩ ، ٧٠ بشأن حصة الدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا إذ حصرت حق تلك الدول « فى المشاركة على أساس منصف فى استغلال جزء مناسب من فائض (الموارد) الحية للمناطق الاقتصادية الخالصة للدول الواقعة فى نفس المنطقة دون الإقليمية أو الإقليمية » ، وأضافت بأن تحدد تلك المشاركة عن طريق اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف . والاتفاقية بذلك قياسا بالنظرية الإسلامية تبخس الدول غير الساحلية والدول المتضررة جغرافيا بعض حقها لأن الفائض جميعه حق لتلك الدول فى النظرية الإسلامية والاتفاق بشأنها لا يكون من أجل تحديد حصتها فيه بل من أجل تنظيم الاجراءات تيسيرا لممارسة الحقوق .

أما الثروة البحرية الحية — من غير الثروة السمكية — فتنصرف إلى ما لا يصلح للغذاء الإنسانى ولذا وصفها الفقه التقليدى بأنها من الخبائث ، مثل الانواع الآبدة التى اسلفت تعريفها .

إن القول فى حكم النظرية الإسلامية هنا يحتمل أمرين :—

فقد يقال إن هذه الأنواع تدخل فى حكم الكلأ الذى ينبت فى موات الأرض يرعاه الناس وتبعا فالدول فيها شريكات قياسا على الحديث الشريف « الناس شركاء فى ثلاث : الماء والكلأ والنار » . ثم إن العلة فى منع تملك السمك تملكا فرديا هى أن المنفعة التى تنال منه لا تتناسب مع العمل الذى يبذل من أجله فلو أنا سمحنا بتملكه ملكية فردية لنال المالك منه نفعا كبيرا دون جهد مقابل ومشقة معقولة

وقد يقال إن الأنواع الآبدة تأخذ حكم الأرض على اعتبار أنها جزء من أجزائها ومن

ثمراتها الذاتية ولذا يلزم أن تتبع فى الحكم قطعة الأرض التى تحتويها . وقد جعل الشافعى كل ماهو ثابت الأصل من الملحقات المخلوقة فى الأرض والمتصلة بها اتصال قرار تابعة فى مدلول كلمة الأرض . ولما كانت الأنواع الآبدة توجد فى الإفريز القارى والإفريز القارى امتداد لليابسة وحق الدولة على مافيه من موارد وثروات حق خالصة لها فإن الأنواع الآبدة تدخل فى الحقوق الخالصة للدولة الساحلية حكمها حكم مافى الإفريز القارى من معادن . إن وصف الأنواع الآبدة بأنها ملحقة بالأرض هو ماقال به اللورد نيف Neave سنة ١٨٦٨ فى قضية Sutherland Vs Watson حيث اعتبر بلح البحر جزءا من التربة partes soli لأنه يوجد فى التربة بنية الاستقرار animo ramenendi (منشور فى 1868- 6 M- 99) .

وإنى أفضل الأخذ بالرأى الثانى ذلك أننا لو أخذنا بالرأى الأول فإن تملك الأنواع الآبدة يخضع لقاعدة السبق المباح ، وتلك قاعدة لا يمكن تطبيقها على إطلاقها فهى مقيدة بقيود منها مبدأ « لا ضرر ولا ضرار » . ولا جدل فى أن إباحة الأنواع الآبدة — مع مالها من قيمة اقتصادية — تدفع إلى التزاحم والمغالبة لاسيما إذا كان استخراجها لا يحتاج إلى كبير عناء أو باهظ التكاليف — وهذا يترتب عليه ضرر للدولة الساحلية . فإذا انتحينا هذا المنحى فى حكم الأنواع الآبدة فإن حكم المادتين ٦٨ ، ٧٧ من اتفاقية مونتيجو يتفق عندئذ مع حكم النظرية الإسلامية من حيث إخراج الأنواع الآبدة من الأحكام التى تخضع لها الثروة السمكية وإلحاقها بالمعادن التى يحتويها الإفريز القارى .

الفرع الثانى
فى
الموارد البحرية غير الحية

مفهوم الموارد غير الحية فى النظرية المعاصرة :

تولت م ٤/٧٧ من اتفاقية مونتيجو تعريف الموارد غير الحية فى الإفريز

القارى فقالت « تتألف الموارد الطبيعية المشار اليها فى هذا الجزء من الموارد المعدنية وغيرها من الموارد غير الحية لقاع البحار وباطن أرضها » .

والجزء الذى تشير إليه الفقرة هو الجزء السادس من اتفاقية مونتيجو والخاص بالإفريز القارى . وإذن فالموارد غير الحية المعنية هى (١) الموارد المعدنية . (٢) الموارد الأخرى غير الحية . ولم توضح الاتفاقية ماذا تعنى بتلك الموارد الأخرى ، وفى تصوزى أن الموارد الأخرى لا تعنى سوى ماقد يوجد فى المنطقة من آثار لا سيما تلك التى تكون لها قيمة تاريخية .

ويضيف الفقهاء إلى ذلك الملح بوصف أنه ثروة معدنية تستخرج من مياه المنطقة الاقتصادية ، ولكنى أعارض ذلك للاعتبارات التالية :

١ ـــ كل ماليس حيا مما يستخرج من البحر يعتبر فى رأيى موردا وليس ثروة لأنه غير الحى . والثمار والإثراء مرتبط بالحياة كما قدمت ولذا فإن الناتج البحرى غير الحى يندرج دائما تحت مسمى المورد ، وتبعا فإن الملح الذى يتخذ صفة التجدد بتجدد المياه التى تحتوى عليه يعتبر بحكم هذا التجدد ـــ ثروة وليس موردا .

٢ ـــ ملح البحر لا يعد ثروة إلا بعد أن يبذل جهد معين فى استخراجه من الماء . والحقيقة أن ذلك الجهد هو الذى حقق الثروة ، والا لبقى الملح من مكونات مياه البحر وكأنه فى حكم العدم . والجهد هنا يختلف عن الجهد الذى يبذل فى استخدام المعادن الأخرى لأن تلك المعادن لها كيانها المادى الخاص ومايبذل فى سبيلها هو لاستخراجها من مكامنها وتخليصها من شوائبها . ومن ثم فإن الجهد لا يخلق كيانها المادى كما هو الحال فى الملح البحرى .

٣ ـــ الملح يستخرج بجهود ومعدات على اليابسة إذ تنقل مياه البحر كما هى إلى الإقليم البرى وهناك تجرى عمليات التقطير والاستخلاص ، ومن ثم فإن استخلاص الثروة الملحية يعتمد أساسا على البر وبدون البر تضعف فرصة الحصول على تلك الثروة ، على خلاف المعادن البحرية فإن

الجهود البرية إنما نبذل بقصد تجهيز تلك الثروة للمعاملات التجارية أو الاستخدامات العلمية وليس بقصد إيجادها بداءة كالملح .

ومن هنا فإنى لا أدخل الملح البحرى ضمن الثروات أو الموارد البحرية فى مفهوم النظرية المعاصرة ، فهو فى حكم الماء العد الذى تركه الرسول ﷺ على حكم الإباحة العامة . فقد روى ابو عبيد وأبو داود والترمذى باسنادهم عن ابيض بن جمال انه « استقطع رسول الله ﷺ الملح بمأرب فلما ولى قيل يارسول الله إنه دعى ماأقطعت له الماء العد فرجعه منه » . فالماء العد من ورده أخذه (مصابيح السنة ٨١/٢ باب إحياء الموات) ولا يجرى تملك الملح البحرى إلا لمن بذل الجهد فى استخراجه .

مفهوم الموارد غير الحية فى النظرية الإسلامية :

الموارد غير الحية فى النظرية الإسلامية فئتان : المعادن والكنوز . وتعنى المعادن فى النظرية الإسلامية معناها فى الفقه فهى تطلق على معنيين :

١ ــ المواضع التى يستخرج منها جوهر الأرض كالذهب والفضة .

٢ ــ الأجزاء المستقرة التى ركبها الله تعالى فى الأرض ، أى مايخرج من الأرض من جواهر .

وقد اختلف الفقهاء فى تعريف المعادن :

١ ــ فهى عند الحنفية اسم لما خلقه الله تعالى فى الأرض يوم خلق الأرض .

٢ ــ وعند المالكية هى ماجعله الله فى الأرض يتكون فيها كما ينبت الزرع .

٣ ــ وعند الشافعية تعنى ماجعله الله فى الأرض وكذا المكان الذى خلق الله فيه تلك الجواهر .

٤ ــ وعند الحنابلة اسم لما تولد فى الأرض وكذا المكان الذى خلق الله فيه تلك الجواهر .

٥ ــ مااستخرجه الله من الأرض مما كانت أصله ثم اشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها .

ومن هذا العرض يتضح لنا أن الفقهاء يتفقون فى الواقع على أن المعدن هو كل متولد من الأرض من غير جنسها . والمعادن :

١ ــ قد تكون ظاهرة وهى التى لا يحتاج تحصيلها إلى طلب ، فهى تتميز عن الأرض أو التى تكون طبيعتها المعدنية ظاهرة سواء احتاج استخراجها إلى الجهد أم لا مثل الزيت (النفط) .

٢ ــ وقد تكون باطنة وهى التى يحتاج تحصيلها إلى طلب فلا تتميز عن الأرض . وإنما يتوصل إليها بالعمل والمؤنة كالذهب والفضة .

كذلك اختلف الفقهاء فى تعريف الكنز :

١ ــ فهو عند الحنفية اسم لما دفنه بنو آدم .

٢ ــ وعند المالكية والشافعية دفن الجاهلية ودفن الإسلام .

٣ ــ وعند الحنابلة مصطلح يرادف الركاز . والركاز لفظ يطلق على قطع الذهب والفضة التى تخرج من الأرض . ويطلق عند العراقيين على مايشمل معادن الأرض . ويطلق عند المحاربين على كنوز أهل الجاهلية وعلى ذلك فالمعادن عندهم ليست بركاز (عبد الله الرشيد ــ المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٦) .

وجلى من تعريف الركاز أننا نستطيع ــ من باب البعد عن الإغراق الذى قد يعقد الأمور ــ ان نستغنى فى دراستنا هذه عن مصطلح الركاز ، وأن نقتبس كبديل عنه مصطلحى المعدن والكنز . ذلك أن المعدن يغنى عن الركاز عند من يرون أن الركاز معدن كما أن الكنز يغنى عن الركاز عند من يرون أن الركاز دفينة فى الأرض .

والكنز على اختلاف الفقهاء ــ هو دفائن الإنسان فى الأرض (سواء كانت تلك الدفائن جاهلية أم إسلامية) .والكنز بهذا المعنى ينصرف ــ فيما أرى ــ إلى الأشياء ذات الطابع الأثرى أو التاريخى لأنها فى الحقيقة دفن الأرض سواء أكانت جاهلية أم إسلامية .

وإذن فالموارد غير الحية فى النظرية الإسلامية هى المعادن ظاهرة وباطنة والكنوز جاهلية وإسلامية .

حكم الموارد غير الحية فى النظرية المعاصرة :

تعود الموارد غير الحية ــ طبقا لاتفاقية مونتيجو ــ إلى الدولة الساحلية . وحقوق الدولة الساحلية عليها هى حقوق سيادية لأغراض كشف واستغلال تلك الموارد . وهى فى الإفريز القارى حقوق خالصة بمعنى أنه حتى إذا لم تقم الدولة الساحلية بكشف الإفريز القارى او استغلال موارده الطبيعية فلا يجور لأحد أن يقوم بأوجه النشاط تلك دون موافقة صريحة من الدولة الساحلية .

ولاتتوقف حقوق الدولة الساحلية فى الإفريز القارى على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى إعلان صريح . (م ٧٧/١ ، ٢ من اتفاقية مونتيجو) .

حكم الموارد غير الحية فى النظرية الإسلامية :

يختلف حكم الموارد الحية فى النظرية الإسلامية باختلاف ماإذا كانت توجد فى أرض مملوكة أو فى أرض مباحة . ولما كانت الثروة غير الحية فى المعنى الذى أقصده هنا توجد فى الإفريز القارى دون المنطقة الاقتصادية فإن الأمر يتطلب أن نحدد بداءة طبيعة الإفريز القارى وهل هو أرض مملوكة أم مباحة . والحق أن هذا السؤال يثير جدلا فى الفقه المعاصر ولكنى اتجه فى دراسته إلى الفكرة الغالبة بعدابالبحث عن التعقيد الذى يجب أن تتلافاه الدراسات العامة . للإفريز القارى مفهوم قانونى صاحب المفهوم الجيولوجى عند أول المدرك فى نطاق القانون ثم انفصل المفهومان فأصبح للإفريز القارى تعريف قانونى يختلف عن مفهومه الجيولوجى . بيد أن الفسلفة القانونية لمدرك الإفريز ظلت متأثرة بالاعتبار الجيولوجى فلا يزال الإفريز القارى ينظر إليه على أنه امتداد طبيعى لليابسة ــ أى للإقليم البرى للدولة الساحلية ــ وقد إنعكس هذا التأثر على الأحكام التى تقررت للإفريز القارى . فقد اسلفت أن المادة ٧٦ من اتفاقية مونتيجو تدخل فى الإفريز القارى « جميع الامتداد الطبيعى لإقليم الدو[illegible]

البرى حتى الطرف الخارجى للحافة القارية » ولذا فإن حقوق الدولة الساحلية عليه خالصة لا تتوقف على احتلال فعلى أو حكمى أو إعلان صريح .

وإذا كانت الجماعة الدولية قد قبلت هذه النظرة ـــ أى معاملة الإفريز القارى وكأنه جزء من الاقليم البرى ـــ فلا أرى غضاضة فى أن تتبنى النظرية الإسلامية مدرك الإفريز القارى بهذا المعنى ، أى على أنه امتداد للإقليم البرى ، ومن ثم فإن مايوجد به من موارد غير حية يعتبر فى حكم الموارد التى توجد فى أرض مملوكة سواء كانت الملكية ملكية كاملة أم ملكية انتفاع (سيادة سياسية أم سيادة إقتصادية) .

ولما كانت ملكية الإفريز القارى للدولة فإن مافيه من معادن يأخذ ـــ قياسا ـــ حكم المعادن التى توجد فى الأرض التابعة لبيت المال . وتتفق المذاهب الإسلامية على أن المعادن الموجودة فى أرض تابعة لبيت المال تعتبر مملوكة لبيت المال والنظر فيها متروك للامام . وإذن فحقوق الدولة فى المعادن التى توجد بإفريزها القارى هى حقوق خالصة ، وهو ـــ كما قالت م٧٧/١، ٢، ٣ من اتفاقية مونتيجو ـــ احتياز حقوق سيادية لأغراض كشف واستغلال موارده الطبيعية . ولا يجوز لأحد أن يقوم بالكشف أو الاستغلال بدون موافقة صريحة من الدولة الساحلية ، وهى حقوق تلقائية لا تتوقف على احتلال فعلى أو حكمى ولا على أى اعلان صريح .

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للكنز ، فالفقهاء يتكلمون عن فئات ثلاث من الكنوز : الكنز الجاهلى ، الكنز الإسلامى ، الكنز المجهول .

والكنز الجاهلى هو مادفن فى أرضه قبل ظهور الإسلام . وقد وقف الفقه حياله على ثلاثة اتجاهات :

أ ـــ الكنز ملك لواجده سواء أكانت الأرض مملوكة لمن وجده أم للغير أم لم تكن مملوكة لاحد .

ب ـــ الكنز ملك لأول مختط بنسبة اربعة الاخماس والخمس للدولة . وأول مختط هو من اعطى الأرض عند الفتح فإن لم يكن لها مختط كان الكنز ملكا لمن أحيا الأرض لأنه بالإحياء تملك الأرض ومابباطنها .

جـ - الكنز ملك لصاحب الأرض .

أما الكنز الإسلامى فجمهور الفقهاء على أنه ملك لمن دفنه ويعتبر لقطة فى يد واجده لأنه من وضع المسلمين ومال المسلمين لا يغنم والموجود فى باطن الأرض كالموجود على ظاهرها .

وذهب الإمامية إلى أنه لواجده فإذا عُرف مالكه أو بائعه فهو أحق به وإلا كان للواجد .

فإذا كان كنزا مجهولا فهناك رأى يلحقه بالكنز الجاهلى ورأى يلحقه بالكنز الإسلامى .

والحق عندى أن منطق الفقه التقليدى انحصر فى زمانه وتأثر بظروف عصره وتبعا فلا بد أن يتغير بتغير الزمان والمكان فليس هناك من منطق الآن فى التفرقة بين الكنز الجاهلى والكنز الإسلامى بعد أن بلغ الإسلام نيفا واربعة عشر قرنا تركت أحداثها وقضاياها آثارها واضحة على دار الإسلام . ثم إننا لم نعد فى زمان نتكلم فيه عن الفتح الإسلامى أو الكافر المظهور عليه بالإسم . وإذن فالتفرقة لم يعد لها سند وبسقوط التفرقة تجب إعادة النظر فى حكم الكنوز فى النظرية الإسلامية .

وإذا كان لى أن ادلى دلوى هنا فإنى ارى أن نفرق بين الكنوز من حيث قيمتها التاريخية والثقافية . فما كانت له قيمة أثرية للتاريخ والثقافة يكون ملكا للإنسان ويد الدولة الساحلية عليه يد أمانة لصالح الحقيقة العلمية ، مع ايلاء اعتبار خاص للحقوق التفضيلية لدولة أو بلد المنشأ التاريخى أو المنشأ الثقافى (قارن م ١٤٩ من اتفاقية مونتيجو) وسندى فى ذلك أن هذا يتفق والأعراف الدولية المعاصرة وهى أعراف تحقق صالحا عاما ولا تعارض نصا أو تناقض حكما شرعيا إلزاميا ، وهذا يؤيده مفهوم الآية الكريمة « بل كذبوا بما لم يحيطوا بعلمه ولمّا يأتهم تأويله » (يونس / ٣٩) . صحيح أن الآية الكريمة قد تفهم على أنها إنما تشير إلى العقيدة ولكنى أرى منها مايفيد أيضا مبدأ عاما وحقيقة واقعية هى أن الإنسان أميل إلى عدم تصديق مالم يحط به خبرا . ولذا فإن

الاحتفاظ بتلك الفئة من الكنوز هو احتفاظ بالحقائق العلمية التى تجلى معميات التاريخ وتعين على تفهم واقع الأمم وتطور الحضارات ، وفى ذلك مافيه من عون للعلم والعلماء وبتقدم العلم والعلماء تصلح البشرية « انما يخشى الله من عباده العلماء » (فاطر / ٢٨) . ولست بحاجة إلى أن افصل فى اهتمام الإسلام بالعلم وحضه على طلبه ، وقد بعث الرسول ﷺ معلما .

اما إذا لم تكن للكنز قيمة تاريخية أو ثقافية فإنى أرى أن يكون ملكا لصاحبه فإن لم يكن له صاحبه فهو ملك لواجده ، وسندى فى ذلك الحديث الشريف « من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل ثم لا يغيره ولا يكتمه ، فإن جاء ربها فهو أحق بها ، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء » (سند ابن ماجه / ٨٣٧/٢) . ويجوز للدولة أن تأخذ حصة من ذلك الكنز ، كالخمس مثلا لقوله ﷺ « ومايوجد فى الخراب ففيه وفى الركاز خمس » ويسأل عن حصة الدولة صاحب الكنز أو من يتملكه .

ولا يأخذ الكنز الذى يوجد فى الإفريز القارى حكم الكنز الذى يوجد فى الأرض المباحة لأن الإفريز القارى كما قدمت ليس أرضا مباحة .

ولما كانت حقوق الدولة فى الإفريز القارى لا تمس النظام القانونى للمياه العلوية أو للحيز الجوى فوق تلك المياه ، فإن ممارسة الدولة الساحلية لتلك الحقوق ــ يجب كما تقول م ٧٨ من اتفاقية مونتيجو ــ ألا تعتدى على الملاحة وغيرها من حقوق وحريات الدول . بيد أن الموارد غير الحية ــ من حيث طبيعتها ــ يمكن أن تنقسم إلى قسمين :ــ

١ ــ معادن صلبة ، وهذه بدورها قد تكون قابلة للطرق والانطباع ، كالذهب والحديد . وقد تكون غير قابلة للطرق والانطباع ، كالماس والزمرد . وفى قول آخر فإن الموارد الطبيعية تحتوى بالتعبير الحديث على المعادن والجواهر .

٢ ــ معادن سائلة كالزئبق والزيت (محمد سلام مدكور ــ الفقه الإسلامى ، ص ٢٣٢). والطريف أن هذه الموارد السائلة تحكمها ظاهرة

التحرك الجوفى وهى فى ذلك قريبة الشبه بمياه العيون والآبار لانها تغير مسارها الجوفى وقد تتسرب عبر إقليم الدولة إلى المناطق المجاورة فى إقليم دولة أخرى . ومن الأمثلة الواقعية على ذلك حقول صافانيا وهى بين الكويت والسعودية فى الحدود الفاصلة بينهما فيما كان يعرف بالمنطقة المحايدة . وتلك ظاهرة تختلف عن ظاهرة المكامن المشتركة التى قد توجد فى اكثر من دولة والتى يتوقف أمر استغلالها على مايتم الاتفاق عليه بين الدول المعنية ، الأمر الذى يتم على عدة صور مثل اعتبار المكامن مالا مشتركا أو وحدة واحدة . ولا أرى مجالا لهذا التفصيل هنا ولذا اقتصر على الظاهرة الأولى فقد لقيت هذه الظاهرة اهتماما فى الفقه المعاصر وتعددت فى ذلك النظريات ، فهل تتقبل النظرية الإسلامية هذا الجدل أم أن حكم تلك الموارد السائلة هو ماأسلفت من حكم بالنسبة للموارد غير الحية عموما ؟. هذا ماأجيب عليه فى السطور التالية .

الموارد البحرية السائلة :

أ ــ النظرية المعاصرة :

يختلف الفقه حيال تلك الموارد ولعل أهم الاجتهادات الفقهية فى هذه القضية هى :ــ

١ ــ نظرية الاستيلاء الفعلى Law of capture ، وتقول بأن لكل دولة أن تجرى داخل حدودها ماتشاء من حفر وتنقيب وأن تستولى على ماتستخرجه من موارد دون اعتبار لصالح الدول الأخرى المجاورة . ولكن تقدم التقانة فى صناعة الزيت الذى مكن من تحديد الكمية من المورد السائل التى تنتقل من إقليم إلى إقليم ــ سمح للقضاء الداخلى ــ لاسيما فى أمريكا ــ بأن يطبق نظرية الإثراء بلا سبب التى لو طبقت على الصعيد الدولى فإنها تعنى أن على الدولة أن تعوض عما أثرت به الدولة المجاورة نتيجة تسرب المورد السائل إلى إقليم الدولة الأخيرة .

وقد نادى فريق من الفقه برأى مقارب تحت مسمى آخر هى نظرية التملك المكانى ownership in place كمعيار لتقسيم المورد المهاجر على أساس كمية الاحتياطى الموجود فى باطن إقليم كل دولة .

٢ ـــ نظرية التتبع من حيث أن الدولة تملك المورد السائل وهذه الملكية ـــ أيا كان تكييفها ـــ تضفى على المالك حقا عينيا بتتبع ذلك المورد أينما كان . وتبعا يكون لها أن تستغل المورد السائل الذى هاجر من إقليمها فى إقليم الدولة المجاورة ، أى أن للدولة الساحلية أن تمتد باختصاصها إلى الإقليم المجاور إلى الحد الذى تبرره حقوقها الاقتصادية تلك ـــ شأن استغلال هولندا لمناجم الفحم الموجودة فى بعض الاقاليم الالمانية فى منطقة الحدود .

ب ـــ النظرية الإسلامية :

وإذا كان هذا هو موقف الفقه المعاصر فما هو موقف النظرية الإسلامية ؟ يمكن أن نقول إن المعادن السائلة المهاجرة هى من الأموال المباحة قياسا على الماء بجامع السيولة فى كل (كشاف القناع ٢/٦٠٢) . وتبعا فإنها تخضع لقاعدة الاستيلاء الفعلى أو التملك المكانى . ولكن الرد على ذلك هو أن السيولة ليست علة إباحة الماء وإنما العلة هى ضرورته لجميع الكائنات الحية بحيث لا يمكن لها أن تستغنى عنه وتلك العلة غير متوافرة فى المعادن السائلة .

ويمكن أن نقول إنها ملك للدولة صاحبة المكمن الأصلى ومن ثم فإن للدولة عليها حق عينى بالتتبع فى اقليم الدولة المجاورة وهذا يتفق مع نظرية الإثراء بلا سبب . ولذا فإنى أرجح هذا المذهب على أن تراعى الدولة صاحبة المكمن الأصلى فى ممارستها لحقها فى التتبع قاعدة أن لا ضرر ولا ضرار فلا يكون لها استغلال المعدن فى إقليم الدولة المجاورة إلا فى حدود تلك القاعدة وإلا كان التعويض هو البديل . وقد قدمت أن التقدم التقانى يجعل تطبيق هذه النظرية ميسورا الآن بعد أن أصبح قياس المعدن السائل فى مكانه وتحديد مقدار المهاجر منه فى متناول المعدات الحديثة . وقد سبق أن تناولت هذه القضية بمزيد من التفصيل عند مناقشة أحكام المياه الجوفية . ولعل فى قاعدة أن الأرض تتبع الماء حكما ـــ والتى ألمحت إليها آنفا ـــ مايضاف لتأييد هذا الرأى .

المبحث السابع
فى
التراث المشترك (إقطاع استغلال المعادن)

التراث المشترك فى الفكر المعاصر (المنطقة) : كلمة عاجلة :

كانت فكرة الإفريز القارى — كما رأينا — بداية النهاية لقانون البحر الكلاسى فقد أدخلت — فى إصرار — خلفية اقتصادية عريضة على فلسفة قانون البحر . وكان لابد للأمم المتحدة من أن تشد الركاب إلى حلبة الصراع انصياعا لما فرضه عليها الميثاق من التزام بتشجيع التقدم المضطرد للقانون الدولى وتدوينه .

وكانت باكورة جهد المنتظم الدولى قرارا صدر عن الجمعية العامة فى ديسمبر سنة ١٩٧٠ استحدث فى بنده الأول عبارة « التراث المشترك للإنسانية » وهو التعبير الجديد لوصف جزء من قاع البحر أسمته اتفاقية مونتيجو « المنطقة »، والمدرك الجديد يرتب أثرا مزدوجا . فهو يحول بين الدول وبين أن تدعى لذاتها حقا فى منطقة التراث المشترك ، ويضمن فى الوقت ذاته للدول أن تسهم جميعا فى إدارة تلك المنطقة والإفادة بامتيازات أوفر للدول النامية فيما تدره المنطقة من ثروات .

تقول م ١٢٦ من اتفاقية مونتيجو إن « المنطقة ومواردها تراث مشترك للإنسانية » ، كما اسمت م ١٣٣ موارد تلك المنطقة، عندما يتم استخراجها من المنطقة، باسم (المعادن) . . وإذن فالتراث المشترك قاصر على تربة البحر والتحتربة ولا يمتد إلى سطح البحر . والفكرة الكامنة وراء التراث المشترك للإنسانية هو إحساس الجماعة الدولية بأن الثروات التى اغدقتها عليها الطبيعة ليست حقا خالصة للحاضر فحسب بل هى كذلك مشترك بين الحاضر والمستقبل ، أى أن التراث مشترك بين دول هذه الايام ودول القادم من

الزمان ، الأمر الذى يتطلب إدارة اقتصادية رشيدة تحتوى الدول النامية والدول الرابية جميعا ، كما أنها لا تختص جيلا بعينه بميزة تمنحه أولوية على غيره من الأجيال إنما تضمن لكل جيل استخداما قويما ليبقى على موارد الثروات المشتركة . ولذا تنص م ١٣٧ من اتفاقية مونتيجو على أن جميع الحقوق فى موارد « المنطقة » ثابتة للبشرية جمعاء، وتحملها «السلطة» ، وهى الهيئة التى نظمتها الاتفاقية للسهر على مصالح الجماعة الدولية فى المنطقة . وقد عرفتها المادة ١٥٧/١ بأنها (المنظمة) التى تقوم الدول الأطراف عن طريقها، وفقا لهذا الجزء، بتنظيم (الانشطة) ورقابتها بصورة خاصة بغية إدارة موارد المنطقة ، وهذه الموارد لا يمكن النزول عنها . أما المعادن المستخرجة من المنطقة فلا يجوز النزول عنها إلا طبقا لهذا الجزء الحادى العشر من الاتفاقية الخاص بالمنطقة ، وقواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها، كما منعت المادة على أية دولة أن تدعى حقا فى أن تمارس السيادة أو الحقوق السيادية على أى جزء من المنطقة أو مواردها . ولن يعترف بأى ادعاء أو ممارسة من هذا القبيل .

وتفرض م ١٤٠ أن تجرى أوجه النشاط فى المنطقة لصالح الإنسانية جمعاء بغض النظر عن الموقع الجغرافى للدول ــ ساحلية كانت ام غير ساحلية ــ مع ايلاء مراعاة خاصة لمصالح واحتياجات الدول النامية والشعوب التى لم تنل الاستقلال الكامل أو غيره من أوضاع الحكم الذاتى التى تعترف بها الأمم المتحدة ، وتلزم « السلطة » بأن تهيىء لتقاسم الفوائد المالية وغيرها من الفوائد الاقتصادية المستمدة من المنتظم تقاسما منصفا عن طريق القوام المناسب .

ويمكن أن ألخص القواعد التى تحكم « المنطقة » فيما يلى :

١ ــ الدول هى التى تحدد بداية هذه المنطقة من حيث أن المنطقة تخرج عن الولاية الوطنية أى أنها تبدأ فى نهاية حدود الولاية الوطنية .

٢ ــ تخضع المنطقة لمبدأ المساواة بين الدول الأطراف فى الاتفاقية وتعتبر المعادن المستخرجة ملكا شائعا لتلك الدول سواء فى شكلها الخام أم المصنع .

٣ ــ لا تؤثر الأحكام الخاصة « بالمنطقة » على المركز القانونى للمياه التى تعلوها أو الحيز الجوى فوق تلك المياه .

٤ ــ لا تستخدم « المنطقة » إلا فى الأغراض السلمية . وتخضع أوجه النشاط فيها لأحكام الاتفاقية وماتضعه السلطة الدولية من تنظيم فى حدود أحكام الاتفاقية .

٥ ــ يستهدف النشاط فى « المنطقة » تشجيع الإنماء السليم للاقتصاد العالمى والنمو المتوازن فى التجارة الدولية وتجنب إحداث آثار ضارة بدخول البلدان النامية أو التخفيف إلى أدنى حد من تلك الآثار الضارة .

٦ ــ يجرى النشاط فى « المنطقة » لصالح الإنسانية قاطبة مع ايلاء مراعاة خاصة لصالح الدول النامية والشعوب غير المستقلة . ويجب اتخاذ التدابير اللازمة لحماية « المنطقة » ضد التلوث وغيره من الأخطار التى تهدد البيئة .

والحق أن الهالة الكبرى التى تحيط بمدرك « التراث المشترك » سرعان ما تتبدد أمام التحليل المتعمق للفكرة اذ تتمخض عن حقيقة تقليدية هى رغبة الدول فى إنشاء منتظم اقتصادى للإشراف على « المنطقة » واستثمار مواردها طبقا لقواعد معينة بقصد تحقيق مصالح تفيد منها الدول الأعضاء بناء على أحكام متفق عليها .

ولا أرى فى هذا الوجيز داعيا لأن استرسل فى الكلام عن « السلطة » الأمينة على هذا التراث والحارسة لآمال الانسانية فيه، فذلك مجاله الحق هو التنظيم الدولى .

اقطاع استغلال المعادن فى النظرية الإسلامية :

يتضح مما أسلفت أن « المنطقة » ملك مشاع للإنسانية وكذا ماتحتويه من معادن . ومن ثم فإن ماقد يكون بها من ثروات حية لا يدخل فى مفهوم التراث المشترك ــ المتحضر فى الموارد ــ وإنما هو باق على حكم الإباحة الأصلية .

وإذ أن الجماعة البشرية ــ القيمة على مصالح الإنسانية ــ هى المالك للمنطقة ولابد للدولة ــ كى تستفيد من منافع « المنطقة » ــ من أن تستقطع جزءا من « المنطقة » لاستغلاله ، ولذلك فقد اخترت مدرك « إقطاع استغلال المعادن » فى النظرية الإسلامية لأستمد منه الأحكام التى يمكن أن نطوعها لتنظم « المنطقة » من وجهة النظر الإسلامية أو مايسميه الغربيون بالتراث المشترك . من حيث أن الجماعة الدولية ــ فى محل الإمام ومقابلا له على الصعيد الدولى ــ هى التى تملك التصرف فى منافع تلك « المنطقة » دون رقبتها وأن الاتفاق الذى يبرم بين ممثل الجماعة الدولية وهو هنا « السلطة » وبين الدولة المعنية يعد بمثابة إقطاع استغلال للمساحة من تربة وتحتربة البحر التى تتعاقد عليها « السلطة » مع الدولة المعنية .

والإقطاع شرعا هو سلطة للإمام يستطيع بموجبها أن يمنح أرضا مخصوصة أو غلة أرض مخصوصة لإنسان بشرائط مخصوصة (محمد سلام مدكور ــ الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ٧٦) . وإذن فالإقطاع هو من السلطات العامة للإمام وليس حقا شخصيا ، وهو ليس مطلقا وإنما يمارس على أرض مخصوصة ، كما أن له شرائط تسعى إلى ضمان توافر شروط القدرة فيمن يُقْطَع لأن الإمام مقيد فى الإقطاع بأن يتصرف فى نطاق صالح الجماعة الإسلامية . ذلك أن الآثار تدل على أن الرسول ﷺ كان يقطع الأرض لمن يقدر على إحيائها وتعميرها وعلى انه إذا قام مانع بالمُقْطَع جاز له أن يرد القطيعة ، وعلى ولى الأمر أن يقبلها ويقطعها لمن لديه القدرة على الانتفاع بها .

وقد اختلف الفقهاء فى تكييف الطبيعة القانونية للإقطاع .

أ ــ فهناك نفر يجعل الإقطاع سببا مستقلا للملك ، وعند هؤلاء أن الحق الذى يكتسب بالإقطاع حق ملكية .

ب ــ ولكن جمهور الفقهاء يشترطون أن ينضم إلى الإقطاع تعمير وإحياء ، ولذا فإنهم يرون أن الحق المكتسب بالاقطاع هو اختصاص وأولوية فقط بمعنى أن المقطع يصبح أحق بالارض المقطعة من غيره .

والإقطاع عند الماوردى ـــ او القطائع كما اسماه ـــ ضربان : إقطاع تمليك وإقطاع استغلال . واقطاع التمليك تنقسم فيه الأرض المقطعة ثلاثة أقسام : موات ، وعامر ، ومعادن (الأحكام السلطانية للماوردى ـــ مرجع سابق ، ص ٢١١ ـــ ٢١٢) . أما اقطاع الاستغلال أى ماعبر عنه الفقهاء باقطاع الارتفاق ، هو مايخصصه الإمام لبعض الناس من أرض ونحوها ليس عليها ملك سابق وذلك للانتفاع بها فترة من الزمن (الرشيد ـــ مرجع سابق ، ج ١ ، ٣٣٥) .

وتتلخص أهم أحكامه فيما يلى :ـــ

١ ـــ لا يتملك المقطع له ما أُقطع تملكا خاصا وإنما يكون له حق أولوية يميزه على من سبق إليه من غير اقطاع .

٢ ـــ للمُقطع له أن ينتفع بالمُقطع على حاله ولا يحق له أن يبنى فيه إذا كان أرضا ولكن له أن يبنى فيه مظلة يستظل بها أو نحو ذلك مما ليست له صفة الدوام .

وقد أضاف الماوردى إقطاع المعادن وهى البقاع التى أودعها الله تعالى الجواهر فى الأرض فهى ضربان ظاهرة وباطنة :

« أما الظاهرة فما كان جوهرها المستودع فيها بارزا كمعادن الكحل والملح والنفط فهو كالماء لا يجوز إقطاعه والناس فيه شرع يأخذه من ورد اليه .

« وقد نص عليه فى رواية حرب وقد سئل عن حديث النبى ﷺ (أنه أقطع رجلا معدن الملح الذى بمأرب فقيل له : إنه بمنزلة الماء العدّ ، فرده النبى ﷺ ، فقال (معدن ملح ينتابه الناس فى الصحراء يأخذون الملح ليس هو بملك أحد . أخذه السلطان فأقطعه رجلا فمنع الناس منه : فكرهه وقال : هذا للمسلمين) .

« فإن أقطعت هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم . وكان المقطع وغيره فيها سواء . وجميع من ورد أسوة يشتركون فيها . فإن منعهم المُقطَع كان متعديا . وكان لما أخذه مالكا . لأنه متعد بالمنع لا بالأخذ وكُف عن المنع

وصُرف عن مداومة العمل ، لئلا يتبته إقطاعا بالصحة أو يصير معه فى حكم الأملاك المستقرة .

« وأما المعادن الباطنة فهى ما كان جوهرها مستكنا فيها لا يوصل إليه إلا بالعمل كمعادن الذهب والفضة والصفر والحديد . فهذه وماأشبهها سواء احتاج المأخوذ منها إلى سبك وتصفية وتخليص أو لم يحتج فلا يجوز اقطاعها كالمعادن الظاهرة وكل الناس فيها شرع .

« فإن أحيا مواتا بإقطاع أو غير إقطاع تظهر فيه بالإحياء معدن ظاهر أو باطن ملكه المحيى على التأبيد كما يملك مااستنبطه من العيون واحتفره من الآبار » (الأحكام السلطانية — مرجع سابق ، ص ٢١٩ — ٢٢٠) .

ولكنى آخذ على رأى الماوردى فى المعادن :

أ — بالنسبة للملح الذى اعتبره من المعادن الظاهرة ، فهو ومن على شاكلته من الفقهاء التقليديين يتكلمون عن ملح الجبال أما ملح البحار الذى يستخرج بتبخير المياه فهو بداهة ليس بمعدن ظاهر ولذا فإنه يأخذ حكم المعادن الباطنة .

ب — أرجح فى المعادن الباطنة جواز اقطاعها لرواية كثير بن عبد الله المزنى عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية جلسيها وغوريها وحيث يصلح الزرع من قوس ولم يقطعه حق مسلم فدل بذلك على جواز الإقطاع وفى حكمه قولان ، إنه اقطاع تمليك يصير به المقطع مالكا لرقبة المعدن والثانى إنه إقطاع إرفاق لا يملك به رقبة المعدن . (وفى الجلسة والغور تأويلان : أحدهما أنه أعلاها وأسفلها والثانى بلاد نجد وبلاد تهامة) .

إن الشطر من آراء الفقه الذى أقيس عليه هو المتعلق بأحكام الإقطاع من حيث ما للمقطع له من حقوق والتزامات . أما ماقاله الفقه التقليدى عن حكم الإقطاع من حيث الجواز وعدمه فإنى أرى ألا أتقيد به ، ذلك أن الفقه صدر فيه عن تصور أن الإقطاع من الإمام لفرد ما فوازن بين حق الجماعة وبين حق

الفرد ومنع الإقطاع عندما يكون فى مال مخصص لمصلحة المجموع فهو يحرم الإقطاع فى المعادن الظاهرة قياسا على الماء لأن الناس فيه شرع . وكذلك الأمر فى المعادن الباطنة .

لقد سبق أن تعرضت لبعض أحكام المعـادن وأنا بصدد الكلام عن الثروة البحرية غير الحية وأقول إننى أناقش الآن حكما فى القانون الدولى وليس حكما فى القانون الداخلى ، والمقطع له فى القانون الدولى ليس فردا وإنما دولة أى وحدة دولية أحد عناصرها المكونة لها هو الشعب . وإذن فالشعب هو فى الحقيقة المقطع له ، وهنا تسقط حجة الفقه التقليدى وهى أن الناس شرع فى المعادن وتبعا فلا يجوز اختصاص فرد بعينه بها دون باقى الناس . ثم إن الحق فى الفرض الذى ابحثه هو أصلا للإنسانية أو للجماعة الدولية والإنسانية أو الجماعة الدولية تصور قانونى خيالى ، أما الشعب فتصور قانونى واقعى ومن ثم فإننا نقرر حقا لوحدة لها مظاهر قانونية واقعية حيال وحدة ليس لها أى مظهر مادى فى حين أن الفقه التقليدى منع الإقطاع للفرد حماية لحق ينتفع به الناس وهم واقع فهو يوازن بين حق فردى واقعى وحق اجتماعى واقعى أما على الصعيد الدولى فنحن نتكلم عن حق فردى واقعى إزاء حق جماعى غير واقعى ولا ننسى أن حصر الناس وحصر منافعهم فردا فردا قد يتعذر أما حصر الدول وحصر مصالحها دولة دولة فقد يتيسر . وهكذا نخلص إلى أن التقيد بالقياس هنا ينتهى إلى حرج وضياع للمصلحة ولذا لا يبق أمامنا إلا أن نلجأ لضوابط الاستنباط التى تنظم الحالات الاستثنائية ، أى الاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع . وكل هذه الضوابط تنتهى فى رأيى إلى القول بجواز إقطاع المعادن التى توجد فى منطقة التراث المشترك إلى الدول بالشروط والأحكام التى تتفق عليها الجماعة الدولية ، وتلك الشروط هى حاليا مااتفقت عليه الجماعة الدولية فى معاهدة مونتيجو .

وقد فضلت ان اطلق على هذا الاقطاع مسمى مشتركا وهو « استغلال المعادن » لان الحقوق التى تتقرر للمقطع له مقاربة لـ حالة إقطاع الاستغلال

والمال الذى يتعلق به الإقطاع هى المعادن فحسب ولا شيء آخر فى المنطقة سوى تلك المعادن .

أخلص من كل ذلك إلى أن « السلطة » الدولية التى ترتضيها الجماعة الدولية يمكن أن تقطع معادن منطقة التراث المشترك الكائنة فى مساحة بعينها إلى دولة ما . وعندئذ يكون لتلك الدولة :

أ ـــ حق أولوية على غيرها من الدول فى كشف واستغلال ما بالمنطقة من معادن .

ب ـــ يظل للدولة حقها فى الكشف والاستغلال طوال فترة الإقطاع سواء قامت بالكشف والاستغلال أم لم تقم لأن المقطع له لا يزول بنقله مناعة منه بل له أن يعود إليه متى احتاج لذلك .

ج ـــ للدولة أن تستخدم منشآت فى حدود ماهو لازم لقيامها بعمليات الكشف والاستغلال ولا تتجاوز ذلك باقامة منشآت تبقى لها صفة الدوام حتى بعد انتهاء فترة الإقطاع .

د ـــ ماجاء فى اتفاقية مونتيجو من أحكام تتصل بهذا الإقطاع فى شأن السلوك العام للدول فيما يتعلق بالمنطقة وصالح الإنسانية واستخدام المنطقة للأغراض السلمية وحقوق الدول الساحلية ومصالحها المشروعة والبحث العلمى البحرى ونقل التقانة وحماية البيئة البحرية وحماية الحياة البشرية والتوفيق بين اوجه النشاط فى المنطقة ، وفى البيئة البحرية ومشاركة الدول النامية فى أوجه النشاط فى المنطقة وتنمية موارد المنطقة وسياسات الانتاج وممارسة « السلطة » لصلاحياتها ووظائفها ونظام الكشف والاستغلال ، (م ١٣٨ ـــ ١٥٣ من الاتفاقية) ، هى أحكام تقبلها النظرية الإسلامية . ولذا أحيل فى استكمال أحكام النظرية الإسلامية من منطقة التراث المشتركة إليها .

كذلك أرى ـــ بعد أن راجعت الاحكام الخاصة بالسلطة التى أقامتها الاتفاقية ـــ أن تشكيلها لاغبار عليه فى حكم النظرية الإسلامية ولا غضاضة

فى أن تعتبر هى الهيئة التى تقوم الدول الأطراف عن طريقها بتنظيم أوجه النشاط فى المنطقة ورقابتها رهنا بداهة بالوضع الراهن لدار الإسلام .

وبدهى — مادام أن التراث المشترك هو أصلا حق الجماعة الدولية — أن تستغنى « السلطة » عن الاستعانة بالدول فى كشف واستغلال « المنطقة » وأن تعهد بذلك إلى « المؤسسة » وهى هيئة « السلطة » التى تقوم بأوجه النشاط فى « المنطقة » بصورة مباشرة . والحق أن قيام « السلطة » — كممثل للجماعة الدولية — بأوجه النشاط فى « المنطقة » يقابل — على الصعيد الداخلى — قيام الإمام بذلك النشاط لصالح جماعة المسلمين المؤمر عليهم .

قد يقال : ولكن الاقطاع حكم خاص بالمسلمين داخل حدود دولتهم أما الإقطاع هنا فحكم عام للمسلمين وغير المسلمين فكيف نقيس هذا على ذاك؟ . وردى على هذا أن التعارف — أو مايقضى به العرف هى — كما قررت من قبل — القاعدة التى تحكم علاقة المسلمين بغير المسلمين مادام أن غير المسلمين قائمون على الود للمسلمين والتعاون معهم « وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا » . ولاشك أن الوضع الذى تقوم عليه الجماعة الدولية اليوم وانفراد الغرب بالتقانة واحتيازه للقدرات المادية والعلمية يجعل من المتعذر على دار الإسلام أن تنعزل وحدها فى استعمار الأرض . وإذن فلا غنى عن المشاركة والتعاون بين دار الإسلام ودار المخالفين لعمار الكون واستثمار ثرواته وموارده تحقيقا لقوله عز وجل « هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها » (هود / ٦١) لأن الاستعمار هو صيغة الاستفعال من العمار والتعمير أى فرض عليكم أن تعمروها . وقد نعى القرآن الكريم على « الذين يفسدون فى الأرض ولا يصلحون » (الشعراء / ١٥٢) « انا لا نضيع أجر المصلحين » (الاعراف /١٧٠) . والعطف فى هذه الآية الأخيرة على الذين « يمسكون بالكتاب وأقاموا الصلاة » أى على المصلحين من أهل الكتاب . فلا ضير إذن من أن تشاطر دار الإسلام الجهود مع المصلحين من دار المخالفين سعيا وراء عمار الأرض التى منها نشأ الخلق جميعا .

إن الجماعة الدولية فى مثل هذه الأمور تركب السفينة ذاتها التى جاءت فى الحديث الشريف « مثل القائم على حدود الله والواقع عليها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين فى أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا لو أنا خرقنا فى نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا فإن تركوهم وماأرادوا هلكوا جميعا وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً ». والواقع أن الإسلام يعتبر أن الخيرية تتحقق بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى معيار تفضيل أمة على أخرى .

أما ماورد فى اتفاقية مونتيجو بشأن فض المنازعات فإنى أحيل فى موقفى منه ومماأنصح به الدولة الإسلامية إلى ماأسلفت عند الكلام على القضاء والتحكيم فى الإسلام ففى ذلك غنى عن التكرار ، وسبحان الحكيم الغفار .

المبحث السادس
فى
الاوقيانوس أو البحر المحيط (البحر العالى)

عجالة فى أحكام البحر العالى فى النظرية المعاصرة : تعريف وتحديد :

البحر العالى أو البحر المفتوح أو البحر العام أو أعالى البحار ، هى المنطقة من البحر التى تبدأ من نهاية البحر الساحلى أو المنطقة الاقتصادية — حسب الحال — فى مقابلة الساحل والتى تمتد إلى أعلى البحر . وتقول م ٨٦ من اتفاقية مونتيجو إنه يشمل « جميع أجزاء البحر التى لاتشملها المنطقة الاقتصادية الخالصة أو البحر (الاقليمى) أو المياه الداخلية لدولة ما ، أو لا تشملها المياه الأرخبيلية لدولة أرخبيلية » .

وأود أن أنبه منذ البداية إلى أننى أتكلم هنا عن اليم (سطح الماء) لأن لقاع البحر مسمى آخر وحكما آخر أتعرض له فيما بعد . والاوقيانوس — وهو المصطلح الذى اخترته للبحر العالى — هو تعريب للفظة الإفرنجية ocean — وربما كان العكس هو الصحيح . وقد كنت بين اعتماد ذلك المصطلح وبين تعبير البحر

المحيط لولا أنى رأيت أن البحر بأقسامه جميعا محيط باليابسة . ثم إن اللفظة الأجنبية تستعمل عادة لما يقابل البحر العالى .

ويوصف النظام القانونى للبحر العالى بأنه نظام حر ، غير أن تكييف هذه الحرية يثير جدلا بين الفقهاء .وقد مرت بدول العالم فترة من الزمن كانت فيها نهبا لفكرة تملك البحار ، الأمر الذى ينعكس فيما ورثناه من تسميات لبعض تلك البحار كالقناة الانجليزية مثلا ، وذلك تثبيتا لما تزعمه الدول من ملكية لبعض أجزاء منها .

ويعرف تاريخ القانون الدولى الجدل الذى حمى وطيسه بين جروسيوس ـــ الفقيه الهولاندى ـــ فى دفاعه عن حرية البحار ، وبين سلدن الفقيه البريطانى فى تشبثه بفكرة إغلاق البحار على السيادات التى تدعيها ، ولكن مبدأ حرية البحار استطاع أن يحقق استقرارا قويا بعد حروب نابليون . وشاءت الأقدار أن يعرف ذلك المبدأ فى القرن التاسع العشر مكانه الثابت الوطيد بين قواعد قانون الشعوب لصالح التجارة والملاحة الدولية .

وقد جرت عادة الفقهاء فى بحث حرية البحر العالى على التساؤل عما إذا كان هذا البحر مالا مباحا أم مالا مشتركا . ولعل السليم هو أن المباح فى البحر العالى هو مباشرة الدول لاختصاصاتها فيه ، ذلك أن م ١٠١ من الاتفاقية تنص على أنه « لا يجوز لأية دولة أن تدعى إخضاع أى جزء من أعالى البحار لسيادتها » .

ويترتب على حرية البحر العالى تلك فئتان من الآثار :

(١) آثار سلبية تحرم على أية دولة أن تأتى فى البحر العالى أعمال سيادة أو تصرفات سلطة قبل سفن لا تحمل علمها ، وهذا مايسمى بمبدأ عدم التدخل .

(٢) آثار ايجابية تقرر حرية كل دولة فى أن تحصل من البحر العالى على ماتشاء من فوائد رهنا بعدم الإضرار بالمصالح المشروعة للدول الأخرى ، وهذ مايسمى بمبدأ المساواة فى الانتفاع .

أما عن مبدأ عدم التدخل فتعالجه م ٩٠ من اتفاقية مونتيجو بقولها « لكل دولة ساحلية كانت أو غير ساحلية الحق فى تسيير سفن ترفع علمها فى أعالى البحار » وإذن فتفصيل الأثر السلبى لحرية البحر العالى انما ينصب اساسا على مناقشة مركز السفينة فى البحر العالى .

تقضى الأعراف والوفاقات الدولية بأن « تحدد كل دولة شروط منح جنسيتها للسفن ولتسجيل السفن فى اقليمها وللحق فى رفع علمها وتكون للسفن جنسية الدولة التى يحق لها رفع علمها » ، (م ٩١ من الاتفاقية) . كما تقضى بأن « تبحر السفينة تحت علم دولة واحدة وتكون خاضعة لولايتها الخالصة فى أعالى البحار إلا فى حالات استثنائية منصوص عليها فى معاهدات دولية » (م ٩٢ من الاتفاقية) .

ولما كانت الدول متساوية فى الحقوق ، الأمر الذى يقتضى عدم إخضاع دولة لقضاء دولة أخرى ، فإن السفينة الحربية أو التى تستخدم فى مهمات حكومية غير تجارية ، لاتخضع لإشراف أو رقابة سفينة أخرى تحمل علما أجنبيا . ويذهب البعض فى تبرير تلك الحصانة إلى أن السفينة العامة تعتبر جزءا عائما من إقليم الدولة التى تحمل علمها . وقد يكون الأصح فى هذا هو أن السفينة وحدة عائمة تتابعها السلطة العامة لدولة العلم بصفة مستمرة وهى فى البحر العالى .

إن حرية البحر العالى تعنى كما أسلفت أن حق ممارسة السلطات الفعلية على السفينة فى البحر العالى قاصر على دولة العلم ، لكن ماالقول بالنسبة لاختصاص الدول قضائيا بنظر مايحصل فى البحر العالى ؟ إن الإجابة على هذا السؤال تثير جدلا طويلا ولهذا فإنى أفضل أن أنهج نهج من يرى أنه لا توجد قاعدة تقصر الاختصاص على دولة العلم إذ يجوز أن تشاطر محاكم دول أخرى الاختصاص بنظر بعض مايحصل من تصرفات جنائية فى البحر العالى من تصرفات مع محاكم دولة العلم ، وهذا لا يفتئت على حرية البحر العالى لأنه اختصاص يمارس على السفينة بعد أن تغادر البحر العالى .

أما التصرفات المدنية فأمرها متروك لما تجرى عليه الممارسة الدولية . فالبلاد الأنجلوسكسونية مثلا تمنح ذاتها أوسع اختصاص فى هذا السبيل فهى تعتبر أن وصول السفينة أو المدعى عليه إلى مياهها الوطنية (الساحلية أو الداخلية) مبرر لممارسة اختصاصها المحلى .

وأما عن مبدأ المساواة فى الانتفاع فإن المادة ٨٧ من اتفاقية مونتيجو تعالجه فتقول إن هذا المبدأ يشتمل فيما يشتمل بالنسبة إلى كل الدول الساحلية وغير الساحلية على :

أ ـــ حرية الملاحة .

ب ـــ حرية التحليق .

ج ـــ حرية وضع الكابلات وخطوط الأنابيب المغمورة .

د ـــ حرية إقامة الجزر الاصطناعية وغيرها من المنشآت المسموح بها بموجب القانون .

هـ ـــ حرية صيد الاسماك .

و ـــ حرية البحث العلمى .

وتمارس هذه الحريات جميعا مع إيلاء المراعاة الواجبة لمصالح الدول الاخرى فى ممارستها لحرية أعالى البحار ، وكذلك الاعتبار الواجب لما تنص عليه هذه الاتفاقية من حقوق فيما يتعلق بأوجه النشاط فى المنطقة .

ومن ثم فإن المساواة فى الانتفاع هى فى حقيقتها المساواة فى ممارسة حريات معينة . على أن هذا المبدأ قد ترد عليه قيود يمكن أن ألخصها فيما يلى :ـــ

أ ـــ قيود اتفاقية ، وهذه متروكة لما تقبله الدول فيما تبرمه من وفاقات ولذا فإنها قيود لاحصر لها .

ب ـــ حق الملاحقة أو المطاردة الحثيثة ، وقد تعرضت لهذا القيد عند الكلام على البحر الساحلى .

ج ـــ المنطقة المتاخمة ، وهذه ايضا تناولتها بالدراسة فيما سلف .

د ـــ حق الاقتراب ، وحق الزيارة والتفتيش .

هـ ــ حق الدفاع عن الذات ، ويمكن أن نضيف وسائل الإكراه السلمية .

و ــ المناورات البحرية ، وهذه قيود عامة لا تختص بالبحر العالى وحده بل يمكن أن ترد فى عنصر من عناصر إقليم الدولة (البحرى أو الفضائى أو الأرضى) .

هذا فضلا على ما يحتمل أن يرتكب فى البحر العالى من مخالفات مثل القرصنة ، والتجارب الذرية ، وتلويث المياه (وقد أفردت بابا ملحقا فى نهاية هذا السفر يناقش قضية التلويث) .

واختار من بين حريات البحر العالى أن أعالج هنا حرية الصيد ــ واستكمالا لما قدمت بشأن صيد الثروات الحية فى البحر الوقف . أما الحريات الاخرى فعنوانها دليل عليها والتفصيل فيها يتجاوز العموميات التى كرست هذا السفر لايضاحها .

وأخذا بالغاية ذاتها لا يبقى لنا من القيود سوى حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش ، أما المخالفات فأختار أظهرها وهى جريمة القرصنة .

وتبعا فإنى أعالج فيما يلى على التوالى :

(١) حرية الصيد . ويذهب فريق من الفقه إلى أن حرية الصيد ليست أثرا من آثار حرية البحر العالى وإنما هى حرية مستقلة بذاتها ولذا نرى أن بعض الدول ــ اثناء مناقشات اتفاقيات جنيف سنة ١٩٥٨ ــ تنكر وجود أية علاقة قانونية بين حرية الصيد وحرية البحر .

(٢) حرية الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش .

(٣) جريمة القرصنة .

ولكننى أرجىء هذه المعالجة إلى مابعد مناقشة مدرك البحر العالى فى النظرية الإسلامية .

البحر الاوقيانوس فى النظرية الإسلامية : تعريف وتحديد :

قدمت من قبل أن النظرية الإسلامية يمكن أن تجارى النظرية الغربية فيدا

تقره بالنسبة لامتداد المياه الوطنية (الداخلية والساحلية) والمنطة الاقتصادية ، ولما كانت المساحات المائية للبحر العالى هى ماتبقى من البحر المالح بعد المياه الوطنية ومياه المنطقة الاقتصادية فإن تعريف الأوقيانوس فى النظرية الإسلامية يمكن كذلك أن يتطابق مع تعريف البحر العالى من حيث أن الأوقيانوس هى مساحات البحر الملح بعد استبعاد المياه الداخلية والبحر الحريم والبحر الوقف ، وكذا المنطقة الحجاز والمياه الأرخبيلية بداهة

أما فى شأن حرية الأوقيانوس فإن كتابات الفقهاء القدامى قد خلت من مناقشتها لأن أهميتها فى العلاقات الدولية لم تكن تمثل الخطورة التى تجذب اهتمام هذا الرعيل الأول من الفقهاء . ولكن الأمر بدأ يحتل أهمية فى الفكر الإسلامى المتأخر ، وانشغل الفقهاء بملكية الأوقيانوس — أو البحر الملح — واختلفت الآراء حول ماإذا كان الأوقيانوس يعتبر من دار الحرب أم من دار الإسلام أم انه بحر حر لا هو من ذاك ولا هو من تلك .

وأود قبل أن أعرض لهذا الخلاف أن أوضح بأن الفقهاء المسلمين استخدموا مصطلح البحر الملح فى جدلهم لأن البحر الملح كان — وقت أن ثار هذا النقاش — يمثل مساحة واحدة متصلة من الناحيتين — القانونية والجغرافية — ولم تكن التقسيمات القانونية التى نعرفها اليوم قد ظهرت إلى عالم القانون وقتئذ . ولذا فإن الأحكام التى قدمتها بشأن مااستحدث على البحر الملح من أقسام هى اجتهادى الخاص ، وأما نقاش الفقه التقليدى للبحر الملح فهو إنما ينصرف إلى مانطلق عليه اليوم البحر العالى (أو الأوقيانوس كما اخترت هنا) .

يقول ابن عابدين إن البحر الملح جزء من إقليم العدو شأنه شأن الصحراء التى لا يليها إقليم إسلامى ، وقد قال الحموى وأبو السعود بهذا الرأى أيضا . ويروى الشرنبلاوى عن سراج الدين عمر بن على الكنانى — صاحب الهداية — أن الكنانى سئل عما إذا كان البحر الملح يعتبر جزءا من دار الإسلام أم من دار الحرب فأجاب بأنه ليس هذا ولا ذاك ، وإنما هو حر لأن أيا من الدارين لاهيمنة لناعليه (رد المحتار شرح الدار المختار لابن عابدين ج ٣ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٧) .

ويقابل هذا رأى آخر يذهب إلى أن ما لايدخل فى دار الإسلام ولا فى دار الحرب يجب أن يعد إقليما غير إسلامى ، ولذا فإن البحر الملح يجب أن يعتبر إقليما غير إسلامى . ومن ثم فإن خروج رعية غير مسلم من رعايا الدولة الإسلامية إلى البحر الملح دون إذن يقطع رابطة الولاء التى تربطه بالدولة الإسلامية كما لو كان رعية لدولة غير إسلامية . وإذا عاد منه فإنه يعامل معاملة القادم الجديد ، وتفرض الرسوم الجمركية على متعلقاته .

وواضح مما سلف أن المعيار الذى وجه آراء الفقهاء المسلمين هى فكرة السيطرة على البحر فهم جميعا يرون أن هيمنة الدولة الإسلامية على البحر الملح (الأقيانوس) مستحيلة . بيد أن منهم من اعتبر عدم القدرة على الهيمنة مبرر لوصف الأوقيانوس بأنه من إقليم الأعداء ومنهم من اعتبرها مبررا لوصفه بأنه بحر حر .

والحق أن الخلاف بين الفقهاء المسلمين حول حرية الأوقيانوس يذكرنا بالخلاف المشهور الذى دار بين سلدن وجروسيوس حول تلك الحرية فالطرفان كان ديدنهم فى تحديد طبيعة البحر هى السيطرة فمن اعتبر السيطرة ممكنة أغلق البحر واخضعه لسيادة إقليم ما ومن اعتبر السيطرة غير ممكنة جعل البحر حرا .

ولكنى أرجح ــ وسط هذا الجدل ــ رأى الكنانى وهو أن الأوقيانوس بحر حر ، وسندى فى ذلك فهمى لبعض الآيات الكريمة . يقول تعالى « الله الذى سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه بأمره ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (الجاثية /١٢) . ويقول سبحانه « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون » (النحل/ ١٤) . والآيتان واضحتان ــ فى تقديرى ــ فى أن تسخير البحر يعنى هنا فتحه للجميع وليس انحصاره فى قوم دون قوم وإلا فكيف تجرى الفلك مواخر فيه وكيف تتوفر الفرصة للناس فى أن يأكلوا اللحم الطرى ويستخرجوا الحلية التى يلبسونها. إن الله لم يفضل فى هذه الآيات أناسا على أناس وإنما جعل الخطاب للعامة فدل على

أن التسخير للعامة ولا يكون التسخير للعامة إلا إذا تمتع الجميع بالانتفاع بالبحر على قدم المساواة . وإذا كنا قد أسلفنا أن من البحر اجزاءاً تختص بها كل دولة على حدة فما ذلك إلا لأن هناك اتفاق بين الدول على ذلك ورضاء من الجميع بهذه المهايأة لمنافع البحر وإلا لما جاز لدولة أن تحتكر منافع جزء من البحر دون الأخرى . ومن ثم فإن الدولة التى تتجاوز الوفاقات الدولية أو الأعراف الدولية فيما يتبقى من منافع — ولم يكن لها سند مؤيد فى النظرية الإسلامية — تكون معتدية ولا يقر تصرفها . ومن هنا أقول مثلا إن الجماعة الدولية قد استقرت اليوم على أن امتداد البحر الحريم هو ١٢ ميلا من حط الأساس ، فلو أن دولة أرادت الامتداد ببحرها الحريم إلى اكثر من ذلك على الرغم من اعتراض الدول الأخرى فإن تجاوزها للحد المتفق عليه يعتبر فى النظريتين — الإسلامية والغربية — اعتداء وظلما يجب رفعه . أعود فأقول إن الأوقيانوس — فى الرأى الذى اعتمده — من بين آراء الفقهاء المسلمين — هو بحر حر أو مباح .

والإباحة عند الأصوليين هى التخير بين فعل الشيء وتركه ، ويقول الشاطبى إن المباح عند الشارع هو التمييز بين الفعل والترك من غير مدح ولاذم على الفعل ولا على الترك (الموافقات ج ١ ص ٦٨ — ٦٩) . وعرفها الشوكانى بانها مالاضرر على فاعله وإن كان محظورا ، فالإباحة على هذا وصف فى الفعل يوجب عدم الضرر على فاعله وإن كان الترك محظورا (ارشاد الفحول للشوكانى ج ١ ، ص ٦) .

أما الآمدى فقد عرفها بأنها مادلّه الدليل السمعى — أى خطاب الشارع — بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل (الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى — ج ١ ، ص ٥٤) .

أما الإباحة عند الفقهاء فقد فسرها العينى بأنها الإطلاق فى مقابلة الحظر الذى هو المنع ، فيكون المباح على ذلك هو المطلق فعله فى مقابلة المحظور (رمز الحقائق شرح كنز الدقائق — ج ٢ ص ٢١٥) .

إن هذه التعريفات تجتمع عند تعريف المباحات بأنها هى ما أباحه الله . وممن أخذ بهذا الاتجاه من المتأخرين التعريف الذى قال به استاذى الشيخ على الخفيف ـــ رحمه الله ـــ فهو يعرف المباح بأنه جميع ماخلقه الله تعالى فى الأرض لينتفع به الناس مالم يحزه أحد (راجع سقال فضيلته فى مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول من السنة العشرين ص ١٢٦) . وقريب منه تعريف الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور فقد عرف المباح بأنه ماخلقه الله تعالى لينتفع به الناس على وجه معتاد وليس فى حيازة أحد مع إمكان حيازته (أحكام المعاملات الشرعية لمحمد سلام مدكور ـــ مرجع سابق ، ص ٢٧) .

ولكنى أحبذ فى هذا المقام الأخذ باتجاه آخر يعرف المباح بأنه ما أذن فى الانتفاع به أو استهلاكه أو ملكه سواء صدر الإذن من الشرع أو المالك . وهذا هو الاتجاه الذى أخذ به الجرجانى فى تعريفاته فهو يقول إن الإباحة هى الإذن بإتيان الفعل كيف يشاء الفاعل .

وللإباحة أقسام فى النظرية الإسلامية فهى تنقسم من حيث مصدرها إلى قسمين :

١ ـــ إباحة بإذن من الشارع بأن يدل عليها نص أو يقررها الفقهاء باجتهادهم .
٢ ـــ إباحة يأذن فيها الأفراد بعضهم للبعض الآخر .

وتنقسم من حيث متعلقها إلى قسمين كذلك :

١ ـــ إباحة استهلاك تخول للمأذون حق استهلاك العين ومنافعها . . .
٢ ـــ إباحة انتفاع وتكون بتسليط الإذن للمأذون له على الانتفاع بالعين على الوجه الذى يراد منها دون أن يختص بالعين ذاتها .

والإباحة التى أعنيها فى خصوص الأوقيانوس إباحة مصدرها الشارع لأنها نتيجة اجتهاد فقهى ومتعلقها إباحة انتفاع لأن الدول ليس لها حق اختصاص بعين البحر . ومن ثم فهى تختلف عن الإباحة بمفهومها فى القانون المدنى حيث المباح هو المال الذى لا مالك له ويجوز أن يتملكه أول واضع يد عليه .

إن الأوقيانوس محل ملكية مشتركة للدول ، ومن ثم فإن له مالكا وتبعا فهو لا يخضع لقاعدة الملكية بالحيازة وإنما الذى يخضع لتلك القاعدة هى ما يحتوى عليه الأوقيانوس من ثروات وموارد .

والإباحة على النحو الذى انتهيت اليه فى النظرية الإسلامية تتفق مع الإباحة على التعريف الذى اخترته للإباحة فى النظرية الغربية ، أى انها إباحة انتفاع لأن المباح فى البحر العالى هو مباشرة الدول لاختصاصاتها .

أما والإباحة فى كل من النظريتين ــ الإسلامية والغربية ــ لها فى الرأى الذى أقره مفهوم متماثل ، فبدهى أن يترتب على الإباحة فى النظرية الإسلامية مايترتب عليها فى النظرية الغربية ، أى انها ترتب أثارا سلبية تتمثل فى مبدأ الامتناع ، وآثارا ايجابية تتمثل فى مبدأ المساواة فى المنفعة . وأن تكون الآثار فى النظريتين ذات مضمون واحد وتطبيقات متشابهة . ومادام أن الحريات فى النظريتين واحدة والقيود واحدة والمخالفات يمكن أن تكون واحدة فإننى أتعرض لحكم مابقى من حريات وقيود ومااخترته من مخالفات فى كل من النظريتين معا .

أ ــ حرية الصيد :

يذهب فريق من الفقه إلى أن حرية الصيد ليست من آثار حرية البحر العالى وإنما هى حرية مستقلة بذاتها . ولذا نجد أن بعض دول آسيا وأمريكا اللاتينية ــ أثناء المناقشات التى دارت فى جنيف سنة ١٩٥٨ ــ تنكر كما ذكرت قيام علاقة قانونية بين حرية الصيد وحرية البحر . وفى تقديرى أن هذا هو مقتضى النظرية الإسلامية لأن السمك فى النظرية هو ــ كما أسلفت من الصيد المباح يملك بالسبق إليه . وتبعا فإن حرية الصيد فى النظرية الإسلامية هى ــ كما ذهب هذا الفريق من الفقه ــ حرية مستقلة بذاتها وليست حرية مرتبطة بأن السمك موجود فى بحر مباح .

وبدهى أن إباحة الصيد يمكن أن تتعارض مع ضرورة الحفاظ على الثروة

الأحيائية البحرية كي لا تستنفد ، ولذا كان لزاما للتوفيق بين الضرورتين من أن نضع ضوابط لممارسة حرية الصيد . وانطلاقا من هذه الحاجة راح الفقه الغربي يصوغ نظريات متعددة لتقويم تلك الحاجة .

فهناك نظرية الامتناع التي تقضي بأن الدول التي لا تستثمر الثروة السمكية في نطاق محدد من البحر العالي أو تستثمرها بطريقة عرضية بأن تمتنع عن ذلك إذا ما بلغت قدرا معينا من الاستثمار طبقا لتنظيم يحفظ تلك الثروة وذلك بغرض توفير الظروف لتلك الثروة ــ قبل أن تشرف على النفاد ــ كي تتكاثر من جديد . وعلى الرغم من النتائج الطيبة التي حققها مبدأ الامتناع فإنه لم يحظ بمباركة العديد من الدول في مؤتمر جنيف بمقولة إنه يعارض مصالح الدول النامية والتي تريد أن تستمر على استثمار مناطق تستثمرها وحدها فعلا منذ وقت سالف ، ولذا رؤى التوفيق بين المؤيدين والمعارضين وكان الحل فيما قضت به المادة /٥ من اتفاقية جنيف سنة ١٩٥٨ الخاصة بالمصايد وحفظ الثروة الحية إذ قررت أنه على الرغم من أن لرعايا كافة الدول حق الصيد في البحر العالي فإن على الدول حديثة النشأة أن تتماشى بمقتضى النظم الموضوعية في أماكن كانت محل تنظيم سابق وإلا فعليها ــ إذا لم تتفق على وسيلة سلمية أخرى ــ أن تلجأ إلى اللجنة الخارجية التي تشكل طبقا للمادة التاسعة من الاتفاقية .

ولكن المادة ١١٩ من اتفاقية مونتيجو جاءت أكثر توفيقا فقد جمعت بين النظريتين في توازن أفضل ، وتنص على مايلي :

«١ ــ على الدول ــ في تحديدها لكمية الصيد المسموح بها ووضعها غير ذلك من تدابير حفظ الموارد الحية في أعالي البحار أن « أ ــ تتخذ تدابير تهدف ، على أساس أفضل الادلة العلمية المتوفرة للدول المعنية ، إلى صون أرصدة الانواع المجتناة أو تجديدها ، بمستويات يمكن أن تدر أقصى غلة قابلة للدوام كما تعينها العوامل البيئية والاقتصادية ذات الصلة ، بما فيها الاحتياجات الخاصة للدول النامية ، ومع مراعاة أنماط الصيد والترابط بين السلالات

السمكية وأية معايير دولية للحد الأدنى موصى بها بوجه عام سواء على الصعيد دون الإقليمى أو الإقليمى أو العالمى .

ب ـــ تضع فى اعتبارها مايترتب على ذلك من الآثار فى الأنواع المرتبطة المجتناة أو المعتمدة عليها بقصد صون أو تجديد أرصدة الأنواع المرتبطة أو المعتمدة بمستويات أعلى من المستويات التى يمكن أن يصبح فيها تكاثرها مهددا بصورة جدية .

٢ ـــ يتم بصورة منتظمة تقديم وتبادل ماهو متوافر من المعلومات العلمية والإحصائيات عن كمية الصيد ومجهوده وغير ذلك من البيانات المتصلة بحفظ الأرصدة السمكية ، عن طريق (المنتظمات) الدولية المختصة سواء كانت دون إقليمية أو إقليمية أو عالمية ، حيثما يقتضى الحال ذلك ، وباشتراك كافة الدول المعنية .

٣ ـــ تضمن الدول المعنية أن لا تميز تدابير الحفظ وتنفيذها ، قانونا أو فعلا ، ضد مبادىء أية دولة » .

وازاء الاعتراض الذى وجه لنظرية الامتناع لجأت عصبة من الفقهاء إلى جدل ذى منطق اقتصادى لتحديد حرية الصيد وذلك بمنع صيد أنواع من السمك فى مواسم معينة من السنة إذ قد يبدو ذلك لازما لمنع تكدس السمك فى الأسواق وانخفاض أسعاره ، وقد عرف هذا الاتجاه بنظرية الضرورة الاقتصادية .

ويطول بى المقام لو أننى نحيت منحى التفصيل فى الأحكام الخاصة بصيانة الثروة السمكية فى الأوقيانوس ، ولذا أكتفى بما قدمت كإشارة إلى أهمية تلك الثروة وإعلام بما تبذله الدول لحمايتها . وأضيف أن أيا من النظريتين السابقتين ـــ الامتناع والضرورة الاقتصادية ـــ وغيرها مما قد يسفر عنه الاجتهاد أو تتوصل إليه الدول فى اتفاقات ثنائية أو جماعية يمكن أن تندرج ضمن النظرية الإسلامية تحت مبدأ « لاضرر ولا ضرار » لأن التوازن بين الحفاظ على الثروة واباحة الصيد حرا ليس إلا سعيا نحو تحقيق الصالح للجماعة

الدولية رتثبيت الصالح الخاص للدول فرادى فى نطاق مالا يرتب ضررا أو يصيب بضرار .

ب ــ حق الاقتراب رحق الزيارة والتفتيش :

حق الاقتراب ــ أو كما يسميه البعض الاستطلاع أو التحقق من العلم ــ هو الحق الذى يخول للسفن الحربية فى البحر العالى بأن تقترب فحسب من السفن الخاصة التى تعبر ذلك البحر وتطلب إليها أن ترفع علمها لتتحقق من جنسيتها . ولذا فهو يقيم اتصالا فعليا بين السفينة الحربية والسفينة الخاصة ، وللسفينة الخاصة الحق فى الامتناع عن الاستجابة لأى تحقيق تريد السفينة الحربية إجراءه . وكل ماللسفينة الحربية إذا لاحظت وجود مخالفات أن تخطر السلطات المحلية لتقوم هذه بدورها باخطار السلطات الوطنية التى تتبعها السفينة الخاصة بغية أن تقوم الأخيرة باتخاذ اللازم نحو ماارتكبته السفينة الخاصة من مخالفات . وقد فقد هذا الحق الكثير من أهميته اليوم بعد أن جهزت السفن باللاسلكى ، ولذلك نجد أن الاتفاقيات الحديثة تولى أهمية أكبر لحق الزيارة والتفتيش .

وحق الزيارة والتفتيش ــ كما عرفته اتفاقية .مونتيجوفى م ١١٠ ــ هو حق السفينة الحربية فى أن تتفقد سفينة خاصة أجنبية إذا توافرت لديها أسباب مقبولة للاشتباه فى أن السفينة :

أ ــ تعمل فى القرصنة .

ب ــ أو تعمل فى تجارة الرقيق .

ج ــ أو تعمل فى البث الإذاعى غير المصرح به .

د ــ أو بدون جنسية .

هـ ــ أو على الرغم من رفعها لعلم أجنبى أو رفضها إظهار علمها هى فى الواقع من جنسية السفينة الحربية ذاتها .

وفى هذه الحالة يجوز للسفينة الحربية أن ترسل زورقا تحت قيادة أحد الضباط إلى السفينة المشتبه فيها . وإذا بقيت الشبهة بعد تدقيق الوثائق ، جاز لها

أن تشرع فى المزيد من الفحص على ظهر السفينة ، وينبغى أن يتم ذلك بكل مايمكن من المراعاة .

ويجرى تعويض السفينة الخاصة عن أية خسائر أو أضرار تكون قد تكبدتها إذا ثبت أن الشبهات لم يكن لها أساس بشرط ألا تكون السفينة المتفقدة قد ارتكبت مايبرر تلك الشبهات .

وقد اكتفت اتفاقية مونتيجو فى تسمية هذا الحق باطلاق مسمى حق الزيارة فقط عليه ، ولكن الغالب فى الفقه هو أن يذكر تحت مسمى « حق الزيارة والتفتيش » . والحق أن إضافة التفتيش هو تفصيل يوضح الحق فلا ضرر من ذكره .

إن النظرية الإسلامية لحق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش تنطلق من مبدأ أن ما لايتم الواجب إلا به فهو واجب ، والواجب هذا هو تأمين الملاحة البحرية فى الأوقيانوس . وحق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش هو نوع من العسس البحرى الذى يتغيا توفير الأمن فى أعالى البحار . فكما أن الشرطة ضرورة فى المجتمع الداخلى فهى أيضا واجب فى المجتمع الدولى فى الأماكن المفتوحة للدول جميعا والتى يباح لكل منها أن تنتفع بها على قدم المساواة مع الأخرى . وقد شهدنا أن ممارسة هذا الحق على نحو غير مشروع أو بطريقة تعسفية تخول السفينة المتضررة أن تطالب بتعويضها عما أصابها من أضرار أو خسارة ، وهذا بدوره تطبيق لمبدأ أنه لا ضرر ولا ضرار .

ومن ثم فإن حق الاقتراب وحق الزيارة والتفتيش بكافة التفاصيل التى يمارس بها هذا الحق ــ طبقا لاتفاقية مونتيجو ــ هو من الحقوق التى يمكن أن تتبناها النظرية الإسلامية لأنها تحقق غرضا رئيسا من مقاصد الدولة فى الشريعة الإسلامية وهو الأمن . وهكذا نجد أنفسنا أمام قضية أخرى من قضايا القانون الدولى التى تتكامل فيها النظريتان ــ الإسلامية والغربية ــ تكاملا يكاد يكون مطلقا من حيث أصل الحق وشروط ممارسته وآثاره .

ج ــ القرصنة :

القرصنة جريمة بحرية جرت الدول على محاربتها حتى استقر فى ذلك عرف دولى يعتبر أن القرصان عدو للجنس البشرى . والواقع أن الفقه المعاصر لم يتفق على تعريف موحد للقرصنة ، وقد يكون مرجع ذلك هى صعوبة وضع تعريف جامع مانع للقرصنة وقد تعرضت اتفاقية مونتيجو فى المادة ١٠١ منها لتعريف القرصنة فقالت « أى عمل من الأعمال التالية يشكل قرصنة :

«(أ) أى عمل غير قانونى من أعمال العنف أو الاحتجاز أو أى عمل سلب يرتكب لأغراض خاصة من قبل طاقم أو ركاب سفينة خاصة أو طائرة خاصة ويكون موجها :

(١) فى أعالى البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى أو ضد أشخاص أو ممتلكات على ظهر تلك السفينة أو على متن تلك الطائرة .

(٢) ضد سفينة أو طائرة أو اشخاص أو ممتلكات فى مكان يقع خارج ولاية اية دولة .

« (ب) أى عمل من أعمال الاشتراك الطوعى فى تشغيل سفينة أو طائرة مع العلم بوقائع تضفى على تلك السفينة أو الطائرة صفة القرصنة .

(ج) أى عمل يحرض على ارتكاب أحد الأعمال الموضوعة فى إحدى الفقرتين الفرعيتين (أ) أو (ب) أو يسهل عن عمد ارتكابها » .

فإذا ارتكبت أعمال القرصنة ــ المعرفة أعلاه ــ سفينة حربية أو سفينة حكومية أو طائرة حكومية تمرد طاقمها واستولى على زمام السفينة أو الطائرة ، اعتبرت هذه الاعمال كالأعمال التى ترتكبها سفينة أو طائرة خاصة .

ويبين من التعريف السالف أن اركان القرصنة هى : .

١ ــ عمل غير قانونى (عنف أو سلب أو احتجاز) .

٢ ــ يرتكبه أفراد طاقم أو ركاب سفينة أو طائرة .

٣ ــ ضد سفينة أو طائرة أو أشخاص أو ممتلكات على ظهر السفينة أو على متن الطائرة ، ومن ثم فإن ارتكاب اعمال عنف ضد أشخاص فى

عرض البحر ولكنهم ليسوا على ظهر سفينة أو طائرة أو ضد ممتلكات لا تنقلها سفينة أو طائرة لايعتبر عملا من اعمال القرصنة .

٤ ـــ أن يقع ذلك فى أعالى البحار أو فى اى مكان خارج ولاية أية دولة . مع ملاحظة أن الفعل إذا وقع فى مكان لا سند له لا يشترط فيه ان يكون سفينة او طائرة اخرى ، وتبعا فان العصيان الذى يقوم به افراد طاقم فى منطقة لا سيد لها يعتبر عملا من أعمال القرصنة .

ولما كانت القرصنة جريمة ضد البشرية جمعاء ، فقد أجازت الماده / ١٠٥ من اتفاقية مونتيجو « لكل دولة فى أعالى البحار ، أو فى مكان آخر خارج ولاية أية دولة ، أن تضبط أية سفينة أو طائرة قرصنة ، أو أية سفينة أو طائرة أخذت بطريق القرصنة وكانت واقعة تحت سيطرة القرصنة ، وأن تقبض على من فيها من الأشخاص وتضبط مافيها من الممتلكات . ولمحاكم الدولة التى قامت بعملية الضبط أن تقرر مايفرض من عقوبات ، كما أن لها أن تحدد الإجراء الذى يتخذ بشأن السفن أو الطائرات أو الممتلكات ، مع مراعاة حقوق الغير من المتصرفين بحسن نية ، فإذا ثبتت الإدانة فإن عقوبة القرصان تكون عادة قاسية وقد تصل إلى حد الإعدام ـــ فى البلاد التى يجيز قانونها ذلك ـــ هذا فضلا على مصادرة السفينة أو الطائرة التى استخدمت فى أعمال القرصنة وماعليها من أموال .

أما إذا كان الضبط دون مبررات كافية « تتحمل الدولة التى قامت بعملية الضبط ، إزاء الدولة التى تحمل السفينة أو الطائرة جنسيتها ، مسئولية أية خسائر أو أضرار يسببها هذا الضبط » (م ١٠٦ من اتفاقية مونتيجو) .

والآن ماقول النظرية الإسلامية فى جريمة القرصنة ؟

يقول تعالى « وله الجوار المنشئات فى البحر كالأعلام » (الرحمن /٢٤) . إن نسبة الجوار فى هذه الآية الكريمة إلى الرحمن وهى فى البحر ـــ وعلى شاكلتها الطائرة من باب القياس ـــ قد يفهم منها أن الإنسان أجراها فى البحر بعلم من لدن الله ، ولكن يفهم منها أيضا ـــ فيما أرى ـــ أن ...

السفن فى البحر هو من الأمور التى ترعاها العناية الإلهية وتعتبرها منحة ربانية يجب عدم جحودها أو حرمان الناس منها . ومن ثم فإن التعرض للسفينة الجارية — أو الطائرة السارية — هو تعطيل لقدرة منّ الله بها على عباده وجعل الاستفادة منها تحت رقابته .

وفى قصة موسى مع العبد العالم يقول موسى للعبد العالم بعد أن خرق العبد السفينة « أخرقتها لتغرق أهلها لقد جئت شيئا إمرا » (الكهف /٧١) وهذا يفيد أن إعاقة السفينة عن استكمال رحلتها البحرية تعد شيئا إمرا أى شيئا عجيبا منكرا..

وقد يكفى هذا القول بأن التعرض للسفينة فى عرض البحر يعتبر جريمة يعاقب عليها تعزيزا بما يراه إمام المسلمين أو بما تتفق عليه الدول المعنية . ولكن النظرية الإسلامية تعرف جريمة أوسع شمولا وأعم إحاطة، ناقشها الفقهاء المسلمون بتفصيل كاف يوضح أركانها ويحدد العقوبة عليها . تلك هى جريمة الحرابة التى جاء ذكرها وحكمها فى الآية الكريمة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » (المائدة / ٣٣) . تلك هى الجريمة التى أرى أن أحكامها تطبق مقابل جريمة القرصنة فى النظرية الغربية .

تتكلم الآية عن المحاربين « وهو جمع محارب اسم فاعل من حارب يحارب من الحرب . قال ابن فارس الحرب اشتقاقها من الحرب بفتح الراء وهو مصدر حرب ماله أى سلب والحرب : المحروب وهم قطاع الطريق أى المكلفون الملتزمون من مسلم وذمى ولو أنثى لأنها تقطع فى السرقة فلزمها حكم المحاربة كالرجل » (البهوتى — كشاف القناع ، مطبعة انصار السنة المحمدية ، ١٣٦٦ هـ — ١٩٤٧ م ، ج ٦ ، ص ١٢١) .

والمحاربون هم الذين يعرضون للناس بالسلاح فى الطريق فيغصبونهم المال

مجاهرة . ويشترط البعض لارتكاب الجريمة أن تكون فى الصحراء (علاء الدين المرداوى ـــ الإنصاف ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ١٣٧٧ هـ ـــ ١٩٥٧ م ، ج ١٠ ، ص ٢٩١) . بيد أن الصحراء فى هذا الرأى هى فى مفهومى إشارة للطريق إذ المقصود هو أن يرتكب الفعل فى مكان بعيد عن العمران . ولذا فإن الطريق سواء كانت برية أم بحرية أم جوية فإن قطعها هو حرابة ويستحق فاعلها عقوبة الحرابة كما أوضح فى السطور التالية . وتبعا فإن جريمة الحرابة على الأشهر فى قول الفقهاء لا يتوفر ركنها إذا ارتكب الفعل فى البنيان . وقال ابو بكر حكم المصر والصحراء واحد . وقيل حكم المصر وحكم الصحراء واحد إن لم يُغث .

والأظهر فى قول الفقهاء أن يتسلح الفاعل بسلاح ما ولو كان عصا أو حجرا ولكن البعض لا يشترط السلاح « قال فى البلغة وغيرها ولو غصبوهم بأيديهم من غير سلاح كانوا من قطاع الطريق » (الإنصاف ـــ المرجع السابق ، ص ٢٩١) .

«إن كل من قطع السبيل وأخافها وسعى فى الأرض فسادا بأخذ المال واستباحة الدماء وإتيان ماحرم الله تعالى من المحرمات فهو محارب داخل تحت حكم الله عز وجل فى المحاربين الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا سواء كان مسلما أو كافرا حرا او عبدا وسواء وصل إلى ما أراد من أخذ الأموال والقتل أم لم يصل » (القرطبى كتاب الكافى فقه آهل المدينة المالكى ، الرياض ، ١٩٧٨ م ــ ١٣٩٨ هـ ، ج ٢ ، ص ١٠٨٧) . وهكذا فإن كل من يقطع السبيل أو يخفيها ـــ دون أن ينحصر فى تصورات معينة كاشتراط أن يكون مثلا من سفينة ضد سفينة ـــ يعتبر من المحاربين . ومن ثم فإن الركن المادى فى جريمة الحرابة الإسلامية أشمل وأوسع من الركن المادى فى جريمة القرصنة الغربية إذ يكفى فى الحرابة أن يكون الفعل قطعا للسبيل أو إخافة له على أى صورة كان الفعل مادام أنه قد أسفر عن القطع أو الإخافة فى حين أن الفعل لا يعتبر قرصنة إلا إذا كان مرتكبه سفينة أو طائرة ضد سفينة أو طائرة

أخرى . والطريق هنا يستوى فيه – كما قدمت – أن يكون بريا أو بحريا ، فقد صرح الفقهاء المسلمون بأن قطع الطريق البحرى يعتبر – كقطع الطريق البرى – حرابة .

ولابد أن يتوافر فى الجريمة قصد جنائى هو نية القطع أو الإخافة . ولذا فإن من يقتل رجلا لدخل أو عداوة على غير مال فليس بمحارب وأرى أن القياس على ذلك يؤدى إلى القول بأن من يقتل لاعتبارات سياسية – أى من يرتكب جريمة سياسية – لا يعتبر محاربا فى حكم النظرية الإسلامية ، ولكن يجوز أن يكون عليه القصاص ولولى المقتول العفو عنه إن شاء . والجريمة – كما هو واضح من النص الذى نقلته – يعاقب عليها سواء تمت أو كانت شروعا . وعقاب الفاعل الأصلى كعقاب الشريك ولذا يقول الفقهاء « وحكم الردء حكم المباشر » .

وإذا كانت الجريمة قد تضمنت القتل فإنه لا يجوز فيها لأحد من أولياء المقتول وذلك تعظيما للجرم وتشديدا فى العقوبة . والعقوبات التى توقع على المجرم هى – كما ورد فى صريح نص الآية – القتل والصلب والتقطيع والنفى ، وذلك خزى الدنيا أما عذابه فى الآخرة فعظيم . والعقوبة هنا تتعدد على صور مختلفة أدناها النفى من الأرض وأقساها القتل . وتعداد العقوبة على هذا النحو – فضلا عما فيه من عبقرية توزع العقوبة توزيعا يتناسب مع الفعل – يحدد بصورة واضحة أى العقوبات التى يمكن أن تطبق على خلاف النظرية الغربية التى تركت أمر العقوبة للتشريعات الداخلية التى قد تتغاير من دولة إلى دولة بما قد يترتب عليه من عدم تحقيق العدالة حيث يجوز أن تكون العقوبة عن الفعل ذاته هزيلة فى دولة وقاسية فى اخرى . بيد أن جريمتى الحرابة والقرصنة يشتركان فى أن الغرض منهما – اى القصد الجنائى الخاص منهما – هو قطع الطريق البحرى أو البرى او اخافته ..

وبدهى أن مصادرة أدوات الجريمة والأموال التى جرى الاستيلاء عليها عن طريق الجريمة عقوبة تكميلية تضاف إلى العقوبة الواردة فى الآية الكريمة

ومايوجد بأيدى المحارب يصرف إلى صاحبه . أما تبعة المحارب فيما استهلك فيفرق فيها بين المحارب المعسر ، وهذا لا تبعة عليه ، وبين المحارب الموسر وهذا يتحمل تبعة ما استهلكه . ويجوز للمجنى عليه فى جريمة الحرابة أن يدفع الجريمة عنه بأن يناشد الجانى أولا — إلا أن يعجله عن ذلك — فإن أبى الكف عنه قاتله فإن قتله فدمه هدر ولا شىء فيه عليه ، وإن قُتل فهو شهيد (القرطبى ، المرجع السابق ، ص ١٠٨٩) ، وفى هذا أيضا تشترك جريمة القرصنة مع جريمة الحرابة .

ويختلف الفقهاء فى كيفية تطبيق العقوبات وأى الأفعال يطبق عليها أى العقوبات ، وهل يقتل إن قتل من لا يكافئه كولده والعبد والذمى . ولكن القضية التى اختصها فى هذا المقام بالاشارة هى من تاب منهم قبل القدرة عليه : هل تسقط عنه حدود الله من الصلب والقطع والنفى وانحتام القتل ؟ . هناك رأى يذهب إلى أن الحدود تسقط عنه لأن الله تعالى يقول « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » (المائدة / ٣٤) فقد قال ابن عباس وآخرون إن هذه الآية نزلت فى قطاع الطريق لأنها عائدة عليهم . ولكن أصحاب هذا الاتجاه ينقسمون إلى فريقين .

أ — فريق يرى أن الجريمة التى تقبل فيها التوبة يجب أن تقع فى أرض الشرك أى بغير أرض أهل الإسلام ، فإرتكاب الجريمة فى غير دار الإسلام لا يكون مقدورا عليه أما من هو فى دار الإسلام فتأخذه الأحكام وتستولى عليه القدرة .

ب — وفريق يرى أن الحكم ينطبق ايضا على الجريمة التى ترتكب فى دار الإسلام لأن الذى يقدر عليه يكون بين المسلمين ، فأما إذا صار إلى منعة فلا تتفق القدرة عليه إلا بجر جيش أو نفير قوم فلا يقال إنا قادرون عليه .

والرأى عندى أن وضع معيار جامد للقدرة قول يفتقر إلى وجاهة المنطق وسلامة الحجة . فالقدرة مسألة ظرفية تقوّم فى كل حالة بحالتها وتقاس

وقائعها ، وتبعا فلا مجال لأن يكون محل وقوع الجريمة من حيث أنه دار إسلام أو دار شرك ركنا من أركان الجريمة . وقد جاءت الآية غفلا من ألفاظ أو تراكيب يمكن أن تزكى التعويل على هذه التفرقة المصطنعة .

أما أن الآية تعالج توبة المحاربين فهذا أمر لا استسيغ قول القائلين به لأنه يفتح بابا ميسرا أمام فئة من المجرمين العتاة لإتيان فعلتهم الشنعاء ثم التنصل من معقباتها والخلوص من عقابها — وهو عقاب فادح لعظم الجرم — لمجرد أن المجرم قد تاب قبل القبض عليه . ومثل هذا القول لا يمكن أن يكون محل تقدير معاصر من الجماعة الدولية التى تئن تباعا من عدوان القراصنة والإرهابيين وتتجدد أحزانها كل يوم بما يقع من ظلم وحيف بالابرياء . وكيف تكون التوبة بلفظة . الواقع أن فهم الفقهاء القدامى للآية قد تأثر بالظروف الحياتية التى عايشوها فى زمانهم وعلى هدى من تلك الظروف فسروا المقصود بالقدرة . لقد كانت رحلة الحجيج من مصر — وهى على الشاطىء المقابل لبحر صغير هو البحر الأحمر — تستغرق إلى وقت قريب عدة أشهر . وكانت الرحلة محفوفة بالمشقة والمخاطر حتى أن المقبل على الحج كان يستودع أهله الله وقت أن يبدأ رحلته ، فما بال الأمر لو أننا تكلمنا عن أماكن فى الشرق الأقصى أو فى اوروبا أو مجاهل افريقيا . وإذن فقدرة الدولة على قطاع الطرق الذين يرتكبون فعلتهم كانت تضعف على نحو مضطرد مع بعد المكان الذى تقع فيه الجريمة ومع هذا البعد وضعف الاتصالات وتبعا عدم تأثر مجتمع الدولة على نحو محسوس — بمثل هذه الأفعال ، كل ذلك كان يقلل من خطورة الجريمة من حيث مساسها بأمن الدولة واستقرار مواطنيها ولم يكن من الميسور بسبب بدائية وسائط النقل والاتصال — أن تبطش الدولة بقرصان يجوب المحيطات حيث لا رهبة للدولة ولا سلطان . فلا عجب أن نجد بعض الدول الغربية — وإلى قرون غير بعيدة — كانت تهادن هؤلاء القراصنة وتتقاسم الغنائم معهم بدلا من أن ترهق ذاتها بمحاربتهم فتخسر دون جدوى . ولذا نقرأ فى التاريخ الدبلوماسى أن كثيرا من الدول كانت تمنح براءات لبعض القراصنة تبارك بها عدوانهم وتتقاضى مقابل ذلك حصة من أسلابهم . وفى مثل هذه الظروف

يكون العفو والتوبة التى جاءت بها الآية الكريمة اكثر فعالية من التهديد بالعقاب وأقرب إلى تشجيع المحارب عن الإقلاع عن جرائمه . فلما سخرت التقانة الحديثة للدول وسائل الاتصال ويسرت سبل الانتقال وأصبح العالم بفضل الرادار واللاسلكى بل والإلكترون ــ كانه علبة صغيرة تدار وتوفرت لدى الدول بذلك القدرة على أن تسيطر على البحار من أقصاها إلى اقصاها ولم تعد هناك أداة من أدوات الانتقال بمنأى عن بطش الدولة وهيمنتها ولا فرق كبير فى تحقيق ذلك بين واسطة نقل تعمل فى أقصى الأرض وواسطة نقل تعمل فى إقليم الدولة . إن هذا التقدم العلمى المبدع وذلك الواقع الدولى المذهل الذى لم يكن فى رؤى فقهاء القرون الأولى. للهجرة هو الخلفية التى يجب أن نستند اليها ونحن نفسر مفهوم « القدرة » فى الآية الكريمة إذا نحن سايرنا الرأى الذى ينسب آية التوبة إلى العقوبة بالنسبة للمحاربين لأن القدرة هى الطاقة والقوة على الشىء والتمكن منه . وتبعا فإن القدرة أصبحت اليوم ممكنة بالنسبة لقطاع الطريق أيا كان مكان ارتكاب الجريمة . ومن ثم فإنه ليس متصورا فى عصر التقانة الحديثة أن يتوب محارب وتثبت توبته قبل أن تقدر عليه دولته أو دولة غير دولته . أما وقد اصبحت التوبة قبل فرضا خياليا فقد سقطت التفرقة بين توبة المسلم وتوبة الكافر ولم يعد هناك محل لأن نناقش مفهوم التوبة أساسا بعد أن تخلفت شروط تطبيقها حتى على قول من يرون أن آية التوبة عائدة إلى آية الحرابة . والامر كذلك بالنسبة لما يرتكب من جرائم فى أية بقعة من اليابسة أو أية منطقة من النطاق الجوى أو البحرى . فما بال الأمر وهناك اتجاهات ترى فى آية التوبة رأيا آخر :

١ ــ فهناك رأى بأن الآية نزلت فى أهل الكتاب الذين نقضوا العهد وأخافوا السبيل وأفسدوا فى الأرض فخير الله نبيه فيهم .

٢ ــ ورأى آخر بأنها نزلت فى عُكْل وعُرنَيه قدم منهم نفر على رسول الله ﷺ المدينة وتكلموا بالإسلام فأمر لهم الرسول بزَوْد وراعٍ وأمرهم أن يخرجوا فيه فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحرة كفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعى النبى ﷺ واستاقوا الزود فبلغ ذلك النبى فبعث فى إثرهم

فأمر بهم فسملوا أعينهم وقطعوا أيديهم وتُركوا فى ناحية الحرة حتى ماتوا .

والقائلون بهذا يذهب فريق منهم إلى أن الآية نزلت فى شأنهم ويذهب فريق آخر إلى أنها جاءت ناسخة لما فعل بهم (ابن العربى ـــ احكام القرآن ، تحقيق محمد على البجاوى ، القاهرة ، ١٣٧٦ هـ ـــ ١٩٥٧ م ، ص ٥١١ ـــ ٦٠١) .

واذن فنحن بين أن نعتمد القول الأول وننتهى فيه إلى أنه لم يعد هناك مجال لتطبيق قاعدة العفو وإما أن ننتهى إلى الأقوال التى تفصل بين آية التوبة وآية الحرابة ومن ثم فلا يكون هناك مجال لتطبيقها على المحاربين . وإذن فالمحاربون فى الحالين ليسوا بمنجاة من العقوبة .

هذا عن التوبة أما عن تقادم الجريمة وسقوطها ففى ذلك تفصيل أحيل فيه إلى مراجعه (انظر على سبيل المثال عوض محمد عوض ـــ تقادم الحدود فى التشريع الليبى) .

الفصل الثالث
في
قانون الفضاء

تعريف وتحديد : الفضاء الجوى والفضاء الكونى فى النظرية المعاصرة :

لم يستقطب المجال الجوى اهتمام الفقه الأولى إلا بعد أن تبدت خطورته العسكرية على الدول إثر استخدام البالون فى الحرب الفرنسية الروسية . فقد كان جمهور الفقهاء — إلى ذلك الوقت — على أن الهواء حر وليس لأى دولة حق احتكاره . فلما استشعرت الدول أهمية المجال الجوى على أنها بدأت قضية وضع نظام قانونى يحكم النطاق الجوى تشغل بال الدول ، وازداد الحماس لذلك بعد أن تمكن بلريو Blériot من عبور المانش سنة ١٩١٠ ، فانخرطت فى مؤتمر عقد بباريس فى العام ذاته ولكنه لم يسفر عن اتفاق وظل الأمر على هذا الحال إلى سنة ١٩١٩ عندما وقع أول وفاق دولى بشأن الملاحة الجوية . ولكن تطور النقل الجوى تخطى احتمالات ذلك الوفاق مما دعى إلى عقد مؤتمر بشيكاغو فى نهاية سنة ١٩٤٢ ، وأسفر بعد عامين عن وفاق عرف باسم المدينة (شيكاغو) . هذا إلى جانب المعاهدات الثنائية والإقليمية التى انتشر أمرها .

وقد بدأ الفقهاء دراساتهم لمشاكل المجال الجوى مستأنسين بقانون البحر ، إذ كانت انطباعاتهم الأولى هى أن الجو — قياسا على البحر — يجب أن يكون حرا بعد ارتفاع معين — قدر بألف وخمسمائة متر على نمط البحر الساحلى . ولكن نظرية المجال الجوى الإقليمى لم تلق تأييد الكثيرين . بيد أن الآراء — على اختلافها — كانت تدور حول فكرة مشتركة هى تبعية الفضاء للاقليمين البرى والبحرى للدولة ، ومن ثم فإن التصرف فى إقليم الدولة يتضمن التصرف فى عناصره الثلاثة : البر والبحر والجو .

ويمكن إستنادا إلى وفاق شيكاغو أن نقول إن الحدود الأفقية للنطاق الجوى ليست محل خلاف جدى لأن الوفاق يقرر سيادة كاملة خالصة للدولة على النطاق الجوى الذى يعلو اقليمها . أما المدى الرأسى للنطاق الجوى فهو لا زال محل خلاف ، وقد تعددت فيه النظريات . ويمكن أن ألخص تلك النظريات فيما يلى :ـ

١ ـ نظرية الارتفاع الانفرادى فى السماء ، ومؤداها أن للدولة أن تمارس سيادة خالصة على النطاق الجوى الذى يعلو إقليمها إلى مالا نهاية ، أى إلى ارتفاع غير محدود ، وبدهى أن هذا الحق الاستئثارى يجب أن يمارس بحسن نية إذ لا يجوز أن تغلق إقليمها الجوى دون المجالات الاضطرارية ، كاضطرار الطائرة الأجنبية لأن تمر فى الإقليم الجوى للدولة أو أن تهبط عنوة فى إقليمها .

بيد أن هذه النظرية قد تخدم أمن الدولة ولكنها لا تخدم التطور السلمى للملاحة الجوية فى تعزيز المصالح المشتركة الاقتصادية والتجارية والسياحية . ومع ذلك فقد كتبت الغلبة لتلك النظرية لا سيما وأن عبارة وفاقى باريس وشيكاغو توحى بأن حق الدولة يمتد إلى السماء دون تحديد .

٢ ـ الحرية المطلقة للفضاء الجوى ، وهذه النظرية تقابل وتعارض النظرية السالفة ولكنها لم تعد تلق قبولا كثيرا بعد أن أحست الجماعة الدولية بخطورة فتح الأجواء الوطنية للطيران الأجنبى دون قيد أو شرط .

٣ ـ سيادة الدولة إلى ارتفاع معين يكون النطاق الجوى بعده حرا ، على أن يكون للدولة المعنية حق تنظيم مرور الطائرات فى هذا الجزء الحر .

ولكن الاتجاهات الفقهية فى تحديد المدى الرأسى للفضاء الجوى إهتزت تحت وطأة أبحاث الفضاء الكونى وماتمارسه الدول اليوم فيه ، لا سيما فيما يتعلق بتحديد المدى الخارجى للفضاء الجوى والاستقرار على أن يكون الفضاء الكونى مباحا للجميع وتقرير حق متساو للدول فى كشفه . والحق أن رسم الحدود الجوية الرأسية للدولة ليس بالسهولة التى يمكن أن ترسم بها حدود د

البحرية ، ذلك أن تقسيم الفضاء يثير جدلا كبيرا . ويمكن أن أصنف الآراء فى هذا المجال فى اتجاهين : (١) اتجاه يحدد القسمين ــ الجوى والكونى ــ بمفهوم فنى فيعتبر أن الغلاف الجوى atmosphére هو الذى يحدد النطاق الجوى .. والغلاف الجوى تعبير يشير إلى ذلك الجزء من الفضاء الذى يعلو الأرض مباشرة ويكون مليئا بالهواء ــ (٢) ــ واتجاه يحدد القسمين تحديدا غائيا فيحصر الإقليم الجوى للدولة فى الارتفاع الذى يحتوى من الهواء كفاية قادرة على حمل سفن الهواء ، وتختلف تقديرات اصحاب هذا الاتجاه فى تحديد مدى الارتفاع فالبعض يصل فيه إلى ٢٥ ك م والبعض يزيد إلى ٨٣ ك . م ، وهكذا ... والفكرة عندهم هى تقسيم الفضاء إلى طبقات صالحة للملاحة الجوية وطبقات غير صالحة للملاحة الجوية . ويبدو أن الراجح هو أن ماتجاوز ١١٠٠ ك م يعتبر من الفضاء الكونى ..

ومن ثم فإن نشاط البشرية الذى امتد إلى الفضاء الكونى جعل من المتعذر ونحن نعالج اليوم أحكام قسمين من الفضاء ــ الجوى والكونى ــ أن نؤسس قانون الفضاء على الخصائص الطبيعية لطبقات الهواء . ومن هنا كان لابد من أن تتقابل الاتجاهات الدولية لتوفق بين مانريده للفضاء الكونى من حرية تفتحه للجميع وكأنه فى حكم المال المباح استخدامه وبين فرض سيادة للدولة على الفضاء الجوى تجعله عنصرا من عناصر إقليم الدولة ، وذلك سعيا وراء خدمة الإنسانية بما يحقق الخير للجماعة الدولية . وفى محاولة التنسيق هذه قد لا يكون من المحبذ أن نتخذ من قانون البحر مقياسا يقاس على أحكامه لاسيما وأن أحدا لا يستطيع أن يحدد على وجه الدقة الحدود الرأسية بين ظاهرتى الفضاء الجوى والفضاء الكونى فقد فشلت الاتجاهات التى أسلفتها فى وضع معيار معقول للفصل بين الفضاء الجوى والفضاء الكونى .

إننا إذن يجب أن ننظر إلى الفضاء على أنه وحدة واحدة وأن نربط قانون الفضاء بنشاط سفن الفضاء سواء كانت سفنا تطير فى الفضاء الجوى أم مركبات تسبح فى الفضاء الكونى . وأن نفهم حرية الفضاء الكونى وسيادة

الدولة على الفضاء الجوى على أنها حرية غائية وسيادة غائية تضع فى اعتبارها المصالح الوطنية للدول ولكنها لا تمنع من الإقرار بحق المرور البرىء للدول الغير — ذلك أن الحرية الغائية تستهدف تحقيق غاية معينة شأنها شأن السيادة الغائية أى أن الغائية لا تقتصر على الفضاء الجوى وإنما تنطبق كذلك على الفضاء الكونى . وعندئذ يمكن أن نقيم قانون الفضاء على مبدأين أساسيين :

١ — حق كل دولة فى أن تصل إلى الفضاء — جويا كان أم كونيا .

٢ — حق كل دولة فى أن تدافع عن ذاتها .

الأحكام الخاصة بالطائرات فى النظرية الدولية المعاصرة :

ينقسم الهواء فى تصوره الأفقى — من حيث الأحكام القانونية — إلى قسمين رئيسين : قسم يخضع لقاعدة الحرية ويشمل الغلاف الذى يعلو المساحات البحرية عدا البحر الساحلى والمياه الداخلية — ولكن القول بأن هذه المساحات تخضع لقاعدة الحرية لا يعنى أنها بعيدة عن التنظيم القانونى فقد وضع اتفاق شيكاغو قواعد تنظم الملاحة فى تلك المساحات كما أنه أخضع استخداماتها للأحكام الخاصة بمنع التلوث أما مايحصل على متن الطائرة اثناء عبورها لتلك الأجواء فيخضع لقانون الدولة التى سجلت بها الطائرة .

وقسم يخضع لسيادة الدولة ، وهو مايعلو إقليمها البرى والمساحات البحرية التى تضم المياه الوطنية (الداخلية والساحلية) . وهذا هو القسم الذى أعنيه عند الكلام عن الأحكام الخاصة بالطائرات .

تركزت مناقشات مؤتمر شيكاغو على الاستحصال من الدول على موافقتها بمنح حريات فى الجو عرفت باسم الحريات الخمس ، ونظرا لأن بعض تلك الحريات لم يحظ بحماس المؤتمر فقد اضطر المؤتمر إلى صياغة اتفاقيتين :

١ — الوفاق الدولى الخاص بخدمات العبور المؤقت (الترانسيت) ويحتوى على حريتى الطيران دون الهبوط والهبوط لأغراض غير تجارية ، وهاتان الحريتان كانتا محل قبول شبه إجماعى ولذلك وقعت عليه معظم الدول . ويحق للدولة — فى

حدود أحكام الاتفاقية ـــ أن تحدد للطائرات الطريق الذى تتبعه والمطارات التى يجوز لها استخدامها . وقد وضع منتظم الطيران المدنى الدولى تنظيما يحكم ذلك النطاق الجوى . واذكر هنا م ١٢ من وفاق شيكاغو وتنص على أن القواعد التى تطبق على الطيران ومسارات الطيران فى البحر العالى هى القواعد التى استقرت بالمطابقة لذلك الوفاق .

خطف الطائرات : الغرب : وهن على وهن :

لا جدل فى أن الطائرة أصبحت اليوم وسيلة من الوسائل الهامة للمواصلات وأداة لا غنى عنها لنقل الأشخاص والسلع . ومن ثم فإن الاجواء التى تتحمل تلك الطائرات غدت طريقا من طرق المواصلات شأنها شأن الطريق فى البر واخرى فى البحر . ولذا كان تأمين هذا الطريق من من الرسوم التى ألقيت على عاتق القانون الدولى لا سيما فى السنوات الأخيرة بعد أن بدأت ظاهرة اختطاف الطائرات تكثر فى الميادين الدولية . وعلى الرغم من المعاناة التى تكابدها الجماعة الدولية من هذا الاختطاف ووقائع الارهاب التى تواكب هذه الظاهرة فإن الجماعة الدولية لازالت متقاعسة عن تدبيج اتفاق جماعى يحاربها محاربة فعالة . وقد بدأت الجماعة الدولية جهودها فى هذا السبيل بمحاولة متواضعة سجلها وفاق طوكيو سنة ١٩٦٢ فى مادته ١١ التى تنص على أنه « إذا استخدم شخص ما ، وهو على متن طائرة فى حالة طيران ، العنف أو هدد باستخدامه بطريقة غير مشروعة لعرقلة الطائرة ، أو للاستيلاء عليها ، أو لممارسة الرقابة عليها ، أو إذا كان على وشك القيام بمثل هذا العمل ، فإن الدول المتعاقدة تتخذ كافة التدابير اللازمة لإعادة او ابقاء الرقابة على الطائرة لقائدها الشرعى » . وقد أبرمت اتفاقية أخرى فى لاهاى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ بشأن محاربة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات وأتبعت باتفاقية مونتريال هذا فضلا على القرارات التى صدرت عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة وعن مجلس الأمن وكذا النشاط الذى يقوم به منتظم الطيران المدنى الدولى وبعض المنتظمات الإقليمية مثل مجلس اوروبا ومنتظم الوحدة

الأمريكية ..ويطول بى المقام لو أننى أردت أن افصل أحكام تلك الوفاقات والقرارات ، وتلك إفاضة تخرج عن غاية السفر لأنه لا يستهدف دراسة الفكر الغربى دراسة مستطيلة وإنما يتغيا أساسا عرض المفاهيم الإسلامية . ولذا أكتفى هنا بالقول بأننا نستطيع ــ على هدى مما ألمحت اليه من وثائق ــ أن نتصور أن هناك مبادىء عامة تحكم اختطاف الطائرات وتتلخص فيما يلى :ــ

١ ــ يعتبر الاختطاف الذى يحصل أثناء الطيران جريمة من جرائم القانون الدولى .

٢ ــ يجب أن تتعاون الدول فى مكافحة ظاهرة الاختطاف وأن تقرر لها عقوبات فى تشريعاتها الداخلية .

٣ ــ تقوم الدولة التى هبط المختطفون على أرضها بتسليمهم للدولة المختصة بمحاكمتهم أو أن تجرى هى محاكمتهم أمام محاكمها .

إننى لا أستطيع أن أجزم بأن هذه الأحكام تمثل أعرافا دولية ولكنها ترسم على الأقل الاتجاه الغالب فى الممارسة الدولية . وقد يكون هذا هو الذى حدا بالدول إلى أن تفضل محاربة الاختطاف عن طريق التشريعات الداخلية بدلا من الوفاقات الدولية .

وحرى بالذكر أن اتفاقية مونتيجو للبحار جعلت أعمال العنف او الاحتجاز ــ التى يرتكبها لأغراض خاصة طاقم أو ركاب طائرة خاصة ضد طائرة اخرى هى من قبيل القرصنة .

خطف الطائرات : الإسلام ، حرابة عقوبتها فى القرآن :

قلت إن الفضاء اصبح اليوم طريقا للمواصلات شأنه شأن البحر واليابسة ومن ثم فإنه لازم لحماية الناس وأموالهم كما هو الحال بالنسبة لأمن الطريق عموما . ولذا فإن خطف الطائرات أو ممارسة الإرهاب ضد الركاب أو ماتحمله الطائرات من سلع يجعل من الفعل حرابة ومن الفاعلين محاربين . وهذا يدخل فى حكم الآية الكريمة «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى

الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم » (المائدة / ٣٣) إن مختطفى الطائرات إذا كانوا قد أتوا فعلتهم قهرا مجاهرة بقصد اغتصاب الطائرة بلا حق أو اغتصاب اموال المسافرين أو المطالبة بفدية أو ما إلى ذلك من الأفعال فهم قطاع طريق ماداموا قد عرضوا للناس بسلاح ولو بعصا او حجارة (أو حتى بالأيدى كما قدمت عند الكلام على القرصنة) .

وإذا كان الفقهاء القدامى قد قالوا إن الحرابة تحصل فى البحر كما تحصل فى البر ولم يتعرضوا للافعال التى تجرى فى الجو فما ذلك إلا لأن الجو لم يكن قد أصبح بعد طريقا يقطع . ولكنى أقيس على البر فى تكييف جريمة اختطاف الطائرة بأنها حرابة تمثلا بالفقه التقليدى . فكما أن الفقه التقليدى انتهى إلى أن الحرابة يمكن أن تتم إذا كان المحارب قد قطع طريقا بحريا (راجع شرف الدين موسى الحجاوى — الإقناع ، ج ٤ ، المطبعة المصرية ، ٢٨٧) فإن المنطق ذاته ينتهى إلى أن قطع الطريق الجوى يعتبر كذلك من قبيل الحرابة ويعتبر المختطفون من المحاربين لأنهم بهذا الاختطاف قد امتنعوا عن طاعة الإمام وخرجو على قبضته .

بيد أن ماقدمته بشأن الحرابة ينطبق على الفضاء الجوى فحسب أما الفضاء الكونى فلمّا يصبح طريقا للمواصلات وتبعا فإن قطعه لا يعتبر قطعا للطريق فى مفهوم جريمة الحرابة الإسلامية ولكن الفاعل يعتبر سارقا او صائلا حسب الأحوال ، والعقوبة هنا تختلف عن عقوبة الحرابة .

ولما كنت قد قدمت الكلام فى جريمة الحرابة وناقشت أركانها والجزاء الذى يوقع على مرتكبيها عند الكلام عن احكام القرصنة البحرية — فإنى أحيل هنا إلى ماشرحت فى موقعه من الدراسة المتعلقة بالبحر لا سيما وأن الاعتداء على الطائرة التى تعبر الأجواء التى تعلو البحر الأوقيانوس يعتبر — فى تعبير اتفاقية مونتيجو — بمثابة جريمة قرصنة .

وكما أسلفت فإن اختطاف الطائرات الإجرامى يعد — كالقرصنة — جريمة ضد الله ورسوله ومحاربة لهما ومن ثم فإنها تعد بذلك جريمة دولية تفرض على

كل دولة بأن تقاومها وتجعل الاختصاص بالعقاب عليها لأية دولة يقع المختطفون فى قبضتها ويخضعون لاخضاعها .

وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية قاطعة فى محاربة جريمة اختطاف الطائرات وتضع لها عقوبات مشددة . وقد حددت لكل حالة من حالات الاختطاف عقوبتها ، وهى بذلك تسجل حسما وتقدما لازالت الجماعة الدولية الراهنة تفتقر إليه . ولذا استطيع أن أقول إن جريمة اختطاف الطائرات هى من الموضوعات التى يمكن أن تتكامل فيها النظريتان — الإسلامية والغربية — عن طريق استعارة النظرة الغربية لتفاصيل أحكام جريمة الحرابة . فهنا التكامل يتحقق عن طريق تصدير الأحكام الإسلامية لتطبيقها على العلاقات الدولية الراهنة .

النشاط اللاسلكى فى الفضاء :

يشير عصر الفضاء إلى عهد أشبه مايكون بضرب الخيال فى شئون الاتصالات والمواصلات . فهاهو الهاتف يجمع القاصى والدانى قبل أن يرتد إلى أيهم طرفه ، وهذا هو الرائى ينقل الصورة من أقاصى الدنيا وكأن عفريتا من الجن يحملها ، وناهيك بالأقمار الصناعية اللاسلكية تشد الأبصار وتبث فى القفار والبحار ، ومع ظهورها ظهرت طرائق جديدة فى التعاون الدولى إلى حد أن البعض يقترح انشاء جامعة عالمية يتلقى طلابها فى أرجاء المعمورة محاضراتهم عن طريق القمر الصناعى ، ويتوقع أن يصبح الرائى فى القريب العاجل وزيرا يشد أزر صاحبه فى الملمات وينهى له مايعترض من مشكلات ، ويوشك الهاتف أن يكون بعد أن يزود بالصورة سميرا يلتقى عنده الاصدقاء . وهكذا ، وإزاء الفوائد الجمة التى تجنيها الجماعة الدولية اليوم فى مختلف الحقول — الثقافية والصناعية والتجارية — فإن التقانة اللاسلكية والالكترونية أصبحت تمثل رمزا من رموز الحضارة الراهنة وركيزة من ركائز برامج الرفاهة العالمية .

وقد قلت فى مقدمة هذا الكتاب إن الإسلام يستحث المسلم على طلب العلم وألا يتوان فى ذلك من المهد إلى اللحد وأن يسعى فى طلبه ولو كان فى

اليقين . والإسلام عندما يوجه المسلم إلى العلم لا يريده أن يُحمل هذا العلم ثم لا يحمله كمثل الحمار يحمل أسفارا ولكنه يريده أن يرتفع به درجات « وفوق كل ذى علم عليم » (يوسف /٧٦) ، « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات » (المجادلة /١١) .

ولذلك فإن من دعوات المسلم المحببة أن يزيده الله علما « وقل رب زدنى علما » (طه /١١٤) .

ومن ثم فإن متابعة هذا النشاط اللاسلكى ومسايرة التقدم فى مجال الالكترونيات أصبح فرضا على المسلم ولكن فيما يتسق وأحكام الدين من استخدامات ومالا يخرج عن إطار الحنيفية من مهمات .

أما والأمر على ماقدمت فإن اشتراك الدول الإسلامية فى هذا النشاط وتقبلها لما تضعه الجماعة الدولية من قواعد لضمان النفع العام وتأمين عدم الإضرار بمصالح الدول هو ماتتقبله النظرية الإسلامية وتؤكده . ولذا فإنى أحيى فى هذا المجال ــ وعلى سبيل المثال ــ المؤسسة العربية للاتصالات الفضائية التى تتخذ مدينة الرياض مقرا لها وتضم الكويت وقطر والسعودية وليبيا وسوريا والجزائر ودولة الامارات العربية المتحدة ، والبرنامج الذى وضعته لانشاء نظام اتصالات فضائية خاص بالدول الأعضاء . كما أحيى أيضا القمر الصناعى السعودى الذى أنشأته المملكة العربية السعودية لتغطية مساحتها الشاسعة بالبث الرائى المباشر . وإذا كان هذا هو حكم الإسلام فإن النظرية الإسلامية لابد أن تحمى النشاط اللاسلكى المشروع بالسماح مثلا ــ طبقا لتنظيم علمى سليم ــ بأن يعبر البث الإذاعى فضاء الدول الغير وتحريم التشويش عليه مالم يكن يتضمن مايخل بالقيم والآداب الإسلامية . وتجيز أن تدور الأطباق الطائرة والأقمار الصناعية فى أفلاك الدول الغير مادام أنها لا تسبب ضررا للغير أو تخالف نهجا إسلاميا . ولذا أقول هنا إن النظرية الغربية ــ فى حدود مالايخل بالأصول الإسلامية ــ تتكامل مع النظرية الإسلامية فى هذه المجالات .

القمر والكواكب الأخرى :

يثير غزو القمر والكواكب الأخرى تساؤلات افتراضية تبتدعها احتمالات ذهنية يثيرها الفقه الدولى المعاصر . فلو افترضنا مثلا أن هناك سكانا على بعض هذه الكواكب فأى قانون ينظم علاقتهم بسكان كوكبنا ؟ وإن كان هناك من الكواكب مايصلح لسكنى البشر فما هو القانون الذى ينظم شئون ذلك النفر من الناس الذين قد يجدون انفسهم على كوكب آخر غير كوكبهم ؟ .

إن غزو القمر وغيره من الكواكب قد يعتبر دعوة إلى الهجرة خارج الكرة الأرضية ، ذلك أنه مع تقدم العلم فإن الأمر قد يصل إلى حد يفضل معه بعض الناس الحياة فى القمر أو غيره من الكواكب التى قد تكشف . وليس بمستبعد أن تسفر أبحاث الفضاء عن التقاء سكان الأرض بسكان كواكب أخرى لهم حضارتهم ووسائل معيشتهم وقوانينهم . ولكن هذه كلها أفكار تتعاشق بلا شك فى هذه المرحلة الراهنة مع الخيال ، ولذا لا تستأهل منا اليوم أكثر من الإشارة دون أن نرهق أنفسنا فى محاولة البحث عن حلول قانونية لأن تكييف فلسفة القوانين التى تجيب عن تساؤلاتنا تلك يعتبر — فى وضعنا القائم — سابقا للأوان .

بيد أن هذا لا ينفى أن الإنسان قد ارتاد القمر ووصل إلى كواكب أخرى وأنه دؤوب على الإبقاء على صلاته بتلك الأجرام ويحاول أن يترجم رحلاته واتصالاته فى الفضاء الكونى بما يعود على البشرية بالخير ويكشف مغاليق أسرار فلكية وجغرافية لازالت لغزا يحيط به الغموض . ولذا فإن القاعدة التى استقرت اليوم هى اعتبار الأجرام السماوية من قبيل الأقاليم المشتركة للجماعة الدولية ، واستبعاد حق أية دولة فى أن تدعى سيادة على جرم من تلك الأجرام أو أن تحتكر الانتفاع به — وذلك الذى انتهت اليه البشرية اليوم يتفق مع ماجاء به القرآن الكريم فى خصوص تلك الأجرام طبقا للمفهوم الذى استنبطه من آياته المباركة . يقول تعالى « وسخر لكم الشمس والقمر دائبين » (ابراهيم / ٣٣) . ويقول عز وجل « وسخر لكم الليل والنهار والشمس والقمر » (النحل

) . وهاتان الآيتان خاصتان بالقمر . أما الكواكب الأخرى فتدخل ــ فيما أرى ــ فى قوله سبحانه « ألم تروا أن الله سخر لكم مافى السماوات والأرض » (لقمان / ٢٠) . وفى قوله تبارك « وسخر لكم مافى السموات والأرض جميعا » (الجاثية / ١٣) . ويمكن أن أضيف إليها قول العزيز الحكيم « والشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره » (الأعراف / ٥٤) . وبدهى عندى أن الكواكب تدخل من هذه الآيات فى مدلول قوله عز من قائل « مافى السموات » . وتبعا فإن أمر التسخير هنا ينصرف إلى الكواكب كما ينصرف إلى غيرها من الظواهر التى تنطوى عليها السماوات . ثم إن التسخير يعنى التهيئة للمنفعة العامة والتمهيد للاستفادة .

وهكذا فإن التجارب التى تمارسها الدول اليوم لاستجلاء غوامض القمر والشمس والنجوم والكواكب الأخرى هى مما تحبذه النظرية الإسلامية لأنها وسيلة الإنسان لكى يفيد من أمر الله بتسخيرها للإنسان . والآيات واضحة فى أن الله لم يخص قوما دون آخرين بتسخير الشمس والقمر والنجوم . ومادام أن غزو القمر والكواكب هو مما يستجيب للحكمة الإلهية ويتسق مع مدلول الآيات القرآنية فبدهى أن تفرض عليه النظرية الإسلامية حمايتها وأن تنظر إلى كل نشاط متعلق به ويستهدف به خير البشرية على أنه نشاط يمارس فى إقليم مشترك لصالح مشترك . فلا غرو إذن إذا قلت إن مفهوم إشارة هذه الآيات يزكى وصف رواد الفضاء الكونى بأنهم سفراء للبشرية ، ويؤيد الأحكام التى اقرتها الجماعة الدولية لحماية مركبات الفضاء ورواد الفضاء . فإن اسفرت تلك الجهود عن جديد أو كشفت عن غيب ليس معلوما مما يدور فى خيال المتحمسين فعندئذ ينفتح المجال أمام الاجتهاد الفقهى لدراسة مااستجد والإفتاء فيه بما يتفق والأصول الإسلامية .

كلمة فى الفضاء الكونى :

بقيت كلمة فى الفضاء الكونى حيث يتعذر حتى الآن ــ إلى جانب صعوبة تحديد متى يبدأ ذلك الفضاء ــ أن تحتازه الدول.ثم إن الفضاء الكونى الذى

يعلو كل دولة ليس ثابتا بسبب دوران الأرض . وإنْ لم ينصرف هذا إلى الكواكب فهى يمكن أن تكون محل حيازة إذا كانت ظروف الحياة عليها ملائمة . بيد أن كسب هذه الأجرام لا يخضع للقواعد ذاتها التى تكلمنا عنها عند دراسة أسباب كسب الإقليم البرى وتلك النقطة لم تلق عناية كافية من حيث الدراسة .

ولا تغنى قاعدة الملك المشترك فى وصف الفضاء الكونى نظرا للصعاب الجمة التى تثيرها عملا . ولذا فقد يكون الرأى هو اعتباره مجالا مباحا فى معنى خاص هو أن لكل دولة حرية قانونية فى استخدامه شريطة احترام قواعد القانون الدولى . وأقول حرية قانونية لأنها حرية تتوقف على إمكانات كل دولة وتعنى أساسا حرية الكشف والمراقبة لأغراض علمية وحرية إطلاق الأقمار الصناعية التى تقوم بالبث والمراقبة واعتبار الرواد سفراء للبشرية ومعاهدة أخرى سنة ١٩٧٥ بشأن الأجرام الكونية تتطلب أن ينسب الجرم لدولة ما حتى تكون مسئولة عنه . وربما تعنى فى المستقبل حرية استثمار الأجرام السماوية . كما أبرمت معاهدة سنة ١٩٦٨ تتعلق بمعونة وإعادة رواد مركبات الفضاء سالمين إلى دولهم . وقد تبنت الجمعية العمومية للأمم المتحدة قرارا فى أواخر سنة ١٩٦١ بشأن الاستخدام السلمى للفضاء الكونى ووافقت سنة ١٩٦٦ على مشروع اتفاقية تتعلق بالمبادىء التى تحكم نشاط الدول فى كشف واستخدام الفضاء الكونى بما فى ذلك القمر والأجرام السماوية . وقد وقعت الاتفاقية سنة ١٩٦٧ وتقرر أن ذلك النشاط يجب أن يكون من أجل صالح وخير الدول جميعا ، وتفتح الكشف والاستخدام للدول جميعا دون تمييز وتلزم الدول بالحرص على ألا يضر نشاطها بالبيئة وأن تتشاور بشأن ذلك النشاط ، وتحرم ادعاء سيادة على الفضاء الكونى أو الأجرام السماوية أو وضع أسلحة ذرية أو أسلحة دمار فيه وتجرد الأجرام السماوية كلية من السلاح .

الفضاء الجوى والكونى فى النظرية الإسلامية :

يشهد التاريخ بأن العرب كانوا أصحاب السبق فى ارتياد الفضاء فقد كان

عباس بن فرناس سنة ٢٧٥ هـ (٨٨٨ م) أول إنسان طار بجناحين نحو السماء وإن كان قد دفع حياته ثمنا لتجربته ، بيد أن العرب لم يواصلوا تلك الريادة وتخلفوا عن الركب وخلت مكتبتهم من دراسات أو معاهدات فى قانون الفضاء . ولم يبق فى هذا الحقل سوى الارتباط بعهود ومتابعة جهود من صناعة الغرب .

وأيا كان الأمر فإن من ينعم النظر فى آيات الذكر الحكيم ينتهى — فى مفهومى — إلى أن النظرية الإسلامية تعرف الفضاء بقسميه الجوى والكونى — على أنه قطاع متكامل وإقليم متصل . ويمكن أن نستنبط ذلك المعنى من قوله عز وجل « الله الذى خلق السموات والأرض ومابينهما » (السجدة /٤) . فالآية واضحة فى أن إرادة الله فى خلق الكون الذى نعيش فيه شاءت أن يتصل مابين السموات والأرض وأن يكون خلق مابينهما متصلا بخلقهما ورابطا بينهما . وفى قول آخر فإن الفضاء الذى يفصل مابين السموات والأرض — أى الفضاء الجوى والكونى — هو جزء متصل من كوكبنا وظاهرة متكاملة من عالمنا . ولذا فإن ماقدمته من أن قانون الفضاء لابد أن يتكامل على نحو يعالج فيه الفضاء الجوى والفضاء الكونى على أنهما ظاهرتان متكاملتان ومن ثم فإن القانون الذى يحكمهما لابد أن ينطلق من هذا التصور القرآنى الشامل للظاهرتين والجامع لهما فى مسمى « مابينهما » .

والواقع أن هذا الترابط والتكامل يرجع إلى الظاهرتين — الهواء والكون — منطلقا عن مفهوم واحد وهو الفراغ ولذا فإن القرآن الكريم يضرب بالهواء المثل للشىء الفارغ كقوله سبحانه « لا يرتد إليهم طرفهم وأفئدتهم هواء » (ابراهيم /٤٣) . فالوصف هنا يدل على أن لفظة « هواء » عديل للفظة « فراغ » .

ومن ثم فإنى لا أجد مشقة — على خلاف الحال فى النظرية المعاصرة — فى أن اقول إن النظرية الإسلامية تستجيب لما قدمت عاليه بشأن قانون الفضاء من أن يكون قانونا موحدا يعالج الظاهرتين معالجة متكاملة ، وهذا يتفق مع مااقترحه بالنسبة لما يجب أن تسير عليه النظرية المعاصرة .

ومعلوم أن كشف الإنسان للفضاء الكونى لم يتحقق إلا فى السنوات القلائل الأخيرة ، فبدهى إذن أن الفقه الإسلامى التقليدى قد بحث مشكلة حق العلو فى إطار المعرفة الإنسانية المحدودة وقتئذ ، ولذا فإننا يجب أن نتفهم الآراء الإسلامية الكلاسية على هدى من تلك الحقيقة ، ثم إن الفقه — كعادته — كان يناقش القضايا والمشكلات فى إطار الدولة وفى نطاق قانونها الوطنى ، وتلك حقيقة أخرى يجب أن تؤخذ فى الحسبان عند تقويم آراء السلف فى هذا الخصوص . بيد أن واقع كشف الإنسان للفضاء الكونى ليس غريبا على النظرية الإسلامية لأن القرآن الكريم قد تنبأ بها فى قوله تعالى « يامعشر الجن والإنس إن استطعتم أن تنفذوا من أقطار السموات والأرض فانفذوا لاتنفذون إلا بسلطان » (الرحمن /٣٣) . والسلطان هو العلم ، والعلم علم الله يؤتيه من يشاء ، «لايحيطون بشىء من علمه إلا بما شاء » . وإذن فالنفاذ إلى خارج الأقطار رهن بالكشف العلمى الذى لا يكشفه الله لعباده إلا عندما يشاء . وقد شاءت إرادته العليا أن تكشفه فى هذه الأيام . والنفاذ من هذه الأقطار لا يكون إلا للفضاء الكونى أولا لأن القطر هو مايحيط بالدائرة وتبعا هو الفضاء الجوى المحيط بالأرض والفضاء الكونى وهو فضاء قاصر على المجرة الشمسية التى نعيش فى جاذبيتها لأن مايتعدى ذلك يصدق عليه قول المولى عز وجل « وقد جعلنا فى السماء بروجا وحفظناها من كل شيطان رجيم إلا من استرق السمع فأتبعه شهاب مبين » (الحجر /١٦ — ١٨) . فإذا انتقلت من الذكر الحكيم إلى الفقه القديم نجد أن الفقهاء قد عالجوا القضية بصورة غير مباشرة فى معرض الكلام عن حق العلو .

لقد اختلف الفقهاء المسلمون فى هل يعتبر العلو تبعا لملكية الأرض أم لا ؟ فذهب الحنفية إلى أن العلو ملك لصاحب الأرض فله أن يعلو ببنائه إلى مايشاء .

وقال صاحب الدر المختار إذا حلف لا يدخل الدار فوقف على سطحها حنث ، أى أن علو الدار جزء منها وأن لفظة « الدار » تشمل الدار وعلوها .

أما المالكية فقد أجازوا للمالك أن يرتفع كما يشاء شريطة ألا يضر بالغير ، فهم هنا يأخذون بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

وقال القراق — وهو أيضا من المالكية — إن مالك الأرض يملك الهواء إلى عنان السماء .

وإذا أردت أن اترجم هذه الآراء بلغة القانون الدولى أقول إن النظرية الإسلامية تتنازعها اتجاهات ثلاثة فى شأن تحديد القاعدة العامة فى قانون الفضاء :

أ — فهناك اتجاه الحنفية الذى يسند من يذهبون إلى أن للدولة سيادة كاملة على الفضاء الجوى لأن هذا الفضاء هو علو اليابسة ، اى الأرض التى تمارس الدولة سيادتها عليه . ومن ثم فإن للدولة أن تغلق إقليمها الجوى فى وجه من تشاء ولا يقع عليها التزام قانونى بفتحه لأنها تستطيع أن تعلو فيه كما تشاء دون أن يكون لدولة أخرى أن تعترض على ذلك .

ب — وهناك اتجاه المالكية الذى يؤيد من يذهب إلى سيادة الدولة على فضائها الجوى مقيدة بما للدول الأخرى من حقوق مشروعة . وتبعا فإن الدولة لا تستطيع إغلاق أجوائها فى وجه الملاحة الجوية الدولية اللازمة لتناول المصالح الاقتصادية والتجارية بما يعود على الجماعة الدولية والصالح العام الدولى بالخير والبركة . وفى قول آخر فإن رأى المالكية يعنى — على المستوى الدولى — تحبيذ وتعزيز إبرام المعاهدات بين الدول لتنظيم الملاحة الجوية بما يرفع عنها فى علاقاتها المتبادلة أن تصاب بضرر أو أن تصيب الغير بضرار .

ج — اما اتجاه القرافى فمؤداه أن الدولة تملك ممارسة سيادة لا نهائية على فضائها الجوى والكونى لأن حقها فى العلو يصل إلى عنان السماء . طبيعى أن القرافى لم يكن على علم — عندما قال بما قال — بأن هناك فضاء جوى وفضاء كونى وتبعا فإنه لم يقصد بحق المالك فى أن يصل بعلوه إلى عنان السماء أن هذا ممكن فعلا وإنما قصد بمبالغته هذه أن يقطع دابر الخلاف حول تحديد المدى الذى يمكن أن

يصل إليه المالك بصعود وما كان له أن يعني ماذكر حرفيا اذ كيف كان يتسنى في وقته لمالك أن يصل بارتفاعه إلى عنان السماء ، بل إن هذه الاستحالة لازالت قائمة حتى عصرنا هذا وقد اشار القرآن إلى هذه القضية في قوله سبحانه وتعالى « حفظا من كل شيطان مارد لا يسمعون إلى الملأ الأعلى ويقذفون من كل جانب إلا من خطف الخطفة فأتبعه شهاب ثاقب » (الصافات / ٧ ـــ ١٠) .

بيد أنه على الرغم من ذلك فإن القرافى ذهب مذهبا يزكى وصول الدولة بسيادتها إلى مايعلو إقليمها من فضاء بشقيه ـــ الهوائى والكونى ـــ ولا جدل عندى فى أن قول القرافى هو أكثر الآراء اتساقا مع الرأى الذى احبذه وهو تكامل الفضاء تكاملا يستحب معه أن يحكم الفضاء قانون واحد تتكامل فيه الأحكام كذلك بالنسبة لشقى الفضاء . ثم إن قول القرافى هو أقرب الآراء الفقهية التقليدية إلى حاجات العصر .

وجلى أن الأخذ بأى من الاتجاهين الأولين يتطلب تحديد مدى الفضاء الجوى وأين يبدأ الفضاء الكونى ، وتلك مشكلة علمية . لذا فإنى أرى أن النظرية الإسلامية لا تجد غضاضة فى أن تأخذ فى تعريف نطاق ومدى كل من شطرى الفضاء بما تنتهى إليه البحوث العلمية المعتمدة . أما الأخذ بالاتجاه الثالث فيعفينا من تحرى الحدود الفاصلة بين الفضاء الجوى والفضاء الكونى لأن القسمين متداخلان من حيث الأحكام .

بيد أن الاخذ بقول القرافى ـــ وهو مالكى ـــ لايعنى أننا نبعد عن رأى المالكية لأن المالكية لم يقيدو حق العلية بارتفاع معين وإنما قيدوه بقاعدة « لاضرر ولا ضرار » . ومن ثم فإن رأى المالكية إذا جمعناهم وفيهم القرافى ينتهى إلى أن حق الارتفاع بالعلو إلى عنان السماء مقيد بألا يكون فيه ضرر أو ضرار . ولذا فإنى ـــ متابعة لاتجاه المالكية ـــ أحبذ القول بأن النظرية الإسلامية تؤيد حق الدولة فى أن تمارس سيادتها على فضائها ـــ الجوى والكونى ـــ إلى اقصى ارتفاع تستطيع الوصول إليه بتلك السيادة ولكن ممارستها لسيادتها مقيد بألا تضر بالدول الغير .

ومن ثم فإن رأى المالكية فى الصورة التى اعتمدتها يبشر بتوافر حق المرور البرىء فى النطاق الجوى الأجنبى . وعندما أقول حق المرور أقصد حقا موصوفا أى لابد أن يتوافر فيه وصف البراءة لأن هذا هو الذى يمنع الضرر عن الدولة صاحبة النطاق الجوى والإضرار بالدولة صاحبة السفينة الجوية العابرة . وتبعا فإن الدولة صاحبة الإقليم الجوى تملك أن تمنع المرور فى أجوائها إذا كان غير برىء كأن تترتب عليه مثلا هزات عنيفة أو تغيير مخل بحرارة الجو ، شأن مرور طائرات الكونكورد . والحق أن المرء لا يملك إلا أن يبدى إعجابه بالنظرة البعيدة المتعمقة التى اتسم بها الفقه الإسلامى فى مناقشة حق العلو والتى تفوق فيها ـــ بلا مراء ـــ على الفقه الغربى وحقق سبقا بعيدا بالقياس إليه . ولكن ماالحكم لو أن الفضاء لم يعل دولة وانما علا البحر الحر مثلا ؟ لقد اهتمت الدول بذلك ووضع الوفاق الخاص بالنقل الدولى ، ويتضمن الحريات الخمس ، وقد وقعت عليه قلة من الدول . والحريات الخمس إلى جانب الحريتين السالفتين : هى : (١) إنزال بضائع أجنبية يكون أصلها من الدول التى تتبعها الطائرة ـــ فى إقليم دولة أجنبية . (٢) حمل بضائع من دولة أجنبية إلى الدولة التى تتبعها الطائرة وحمل أشخاص وبريد وبضائع بين دولتين أجنبيتين .

وقد صاغ المؤتمر بجانب هذين الوفاقين ـــ اتفاقا بشأن الطيران المدنى يرسى أسسا عامة لقانون الجو الدولى كما يقيم منتظما دوليا للطيران المدنى . هذا إلى جانب ماحواه من قوانين لتشغيل الطائرات وطاقمها وقواعد تتعلق بالصحة والسلامة وتوجيهات عما يتبع فى شئون الجمارك والهجرة والملاحة .

ويبدو أن حرية الطيران وحق الحمل والإنزال بين دولة العلم ودولة أجنبية لم يمثل عقبة فى الواقع . وقد رسم له وفاق شيكاغو إطارا سليما ينظم تلك الحرية . أما حرية النقل بين دولتين أجنبيتين فإن الدول تلجأ عادة بالنسبة لها إلى إبرام وفاقات خاصة . وتتضمن كثير من الوفاقات الخاصة مايسمى بمبادىء برمودا ، وأهم سمات تلك المبادىء هى :

(١) يجب ألا تفيض القدرة عن حاجة النقل التى تخدم .
(٢) تقدم حرية النقل من بلد الناقل إلى دولة غير والعكس على حرية النقل بين دولتين من الغير .
(٣) الاعتراف بضرورة حرية التحرك بين دولتين من الغير .
(٤) لا يسمح بتحديد القدرة مقدما ، وإنما تحدد بعد فترة من التشغيل وعلى أساس الواقع .

أما حق المرور البرىء ـــ أى الجوى الذى تتوافر فيه أوصاف البراءة ـــ فلم يستقر بعد فى القانون الجوى الدولى ، ولعله الآن فى دور التكوين .

والغالب فى العمل الدولى أن تخضع الطائرة ـــ اثناء طيرانها فى جو دولة غير ـــ لقانون دولة الجنسية كما تخضع كذلك لقانون دولة الفضاء الجوى الذى حصل فيه التصرف أو وقعت فيه الحادثة . ويعتمد الفصل فى أى القانونين هو الذى يطبق فى الحادثة على المكان الذى تهبط فيه الطائرة . كذلك تخضع الطائرة لما تضعه الدولة من لوائح وتعليمات بشأن المرور فى أجوائها .

وقد أثار اختراق الطائرات الأجنبية للنطاق الجوى عدة منازعات وادعاءات بين الدول . إن مبدأ السيادة الخالصة للدول على أجوائها يخول الدولة صاحبة الإقليم الحق فى أن تختار ـــ إذا مااخترقت أجواؤها ـــ بين عدة تصرفات . إنها بالخيار بين أن تتجاهل الواقعة أو أن تحاول تحطيم الطائرة اثناء اختراقها لأجوائها أو أن تجبرها على الهبوط أو أن تغادر إقليمها .

إن ماقدمت فى السطور السابقة بشأن حق المرور البرىء واختراق الطائرات الأجنبية للنطاق الجوى هو مما يمكن أن تتماثل فى عمومياته النظريتان الإسلامية والغربية .



باب ملحق
في
تلوث البيئة

« ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ليذيقهم بعض الذى عملوا لعلهم يرجعون » .

صدق الله العظيم (الروم / ٤٠)



دهليز إلى البحث : التلوث فى النظرية المعاصرة :

لا مراء فى أن تطور التقانة فى هذا القرن قد فتح النشاط الإنسانى على مجالات عدلت من أنماط الحياة وبدلت سلوك الناس . وبدهى إزاء هذا التغير الشامل ألا يقف القانون مكتوف اليدين أو يتقاعس عن المواءمة بين أحكامه وبين مستحدثات الأمور ولذا فإن الحقائق تشهد بأن كل مرحلة من مراحل التطور التقانى خلفت معقباتها على النظام القانونى بشقيه ــ الوطنى والدولى . ولعل من أبرز ماجابه القانون من المشكلات مشكلة استفحلت بسبب التقانة الحديثة تلك هى مايواكب التقانة من تلوث البيئة ويعرض الحياة البشرية لأفدح الأخطار . وماحادثة تشرنوبيل ــ فى الاتحاد السوفيتى ــ عنا ببعيدة .

وبدهى أن التلوث مشكلة تناجز البيئة فى كافة صورها : برية وبحرية وجوية بيد أن الجماعة الدولية المعاصرة رأت لحكمة ما أن تصرف جل جهودها فى مكافحة التلوث إلى البيئة البحرية .

ومنطقى ونحن بصدد حماية البيئة البحرية أن نتساءل عن المقصود بتلوث تلك البيئة . إن الشائع فى تعريف التلوث البحرى هو أنه يعنى « ادخال الإنسان بصورة مباشرة أو غير مباشرة فى البيئة البحرية ــ بما فى ذلك مصبات الانهار ــ لمواد أو طاقة تنجم عنها آثار مؤذية مثل الإضرار بالموارد الحية وتعريض الصحة البشرية للأخطار وإعاقة أوجه النشاط البحرى بما فى ذلك صيد الأسماك والاستخدامات الأخرى المشروعة للبحار ، والحط من نوعية مياه البحر وقابليتها للاستعمال ، وخفض إمكانات استخدام وسائل الترويح ».ولكن هذا الشائع ليس هو المجمع عليه ، ولذا اختارت اتفاقية خليج مونتيجو أن تعزف عن تعريف التلوث وأن تقنع بتعداد مصادره . وقد حصرت الاتفاقية تلك المصادر فيما يلى :

(١) التلوث من مصادر فى البر .
(٢) التلوث الناشىء عن أوجه نشاط تخص قاع البحر .
(٣) التلوث الناشىء عن أوجه نشاط فى المنطقة .

(٤) التلوث عن طريق الإغراق .
(٥) التلوث من السفن .
(٦) التلوث من الجو أو من خلاله .

وتهتم الجماعة الدولية بالتلوث البحرى اهتماما واضحا ، الأمر الذى تشهد به أحكام اتفاقية خليج مونتيجو . فهى تنص فى م ١٣٧ على مايلى :

«(١) لا يخل هذ الجزء بالالتزامات المحددة التى تتحملها الدولة بموجب الاتفاقيات والاتفاقات الخاصة المبرمة فى وقت سابق والتى تتصل بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها أو بالاتفاقات التى قد تبرم تعزيزا للمبادىء العامة الواردة فى هذه الاتفاقية .

(٢) ينبغى تنفيذ الالتزامات المحددة التى تتحملها الدول بموجب الاتفاقيات الخاصة ، فيما يتعلق بالبيئة البحرية والحفاظ عليها على نحو يتماشى مع المبادىء والأهداف العامة لهذه الاتفاقية .

وهكذا نرى أن الاتفاقية جعلت من مبادئها نوعا من النظام العام الدولى الذى يحكم نشاط الدول فى حماية البيئة البحرية حرصا منها على أن تفرض على الدول قدرا أدنى من الالتزام والعناية .

والمستقرىء لأوجه النشاط الدولى المعاصر يجد أن الدول تضع فى مقدمة المخاطر التى تهدد البيئة مخاطر التلوث بالزيت والمزيج الزيتى والمواد المشعة ، ويستبين ذلك من المعاهدات التى أبرمت والمؤتمرات التى عقدت . بيد أن الأمر لم يقتصر على التلوث بالزيت والمواد المشعة فهناك مواد أخرى لها خطورتها على البيئة البحرية ، وقد عددها بعض الخبراء فى عشر هى : الصرف الصحى المنزلى ، والطحالب ، والنفايات غير العضوية بما فى ذلك المعادن الثقيلة ، والبتروكيماويات ، والكيماويات العضوية ، والنفايات العضوية بما فى ذلك نفايات اللباب ، والنفايات العسكرية ، والحرارة ، والمطهرات والمواد الصلبة ، وبقايا الحفارات والنفايات الخاملة .

بيد أننا لا نستطيع أن نزعم أن الجماعة الدولية قد بلغت مرامها فى حماية البيئة .

البيئة والتبيؤ فى النظرية الإسلامية :

أود باىء ذى بدء أن أوضح أننى لا أناقش هنا الموضوع من زاويته الدينية التعبدية بوصف أن البيئة والتبيؤ قدرة من قدرات الله الذى أتقن كل شىء صنعا ، ولكنى أناقشه من حيث أن البيئة ظاهرة اجتماعية سخرت لخدمة الإنسان .

خلق الله الإنسان واستعمره فى الأرض وسخر له مافيها من موارد وثروات « هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها » (هود / ٦١) . ومن ثم فإن الدور الحياتى للإنسان فى هذه الدنيا هو دور الأمين على مااحتوته المعمورة من موارد واستكنته من خيرات . وبدهى أن تلك الأمانة تفرض على الإنسان أن يبتغى فيما آتاه الله عمار الدنيا وخير الناس جميعا ليضمن بذلك نفع الخلق ويؤمن صالح الأجيال القادمة حتى يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين . ثم إن هذا الواجب يقتضى منه أن يحافظ على موارد الطبيعة كما وكيفا فى حدود قدراته ، وذلك بالامتناع عن إفساد البيئة والحرص على عدم إخراجها عن طبيعتها التى هُيئت عليها لتلائم الحياة البشرية وتيسر قرار الإنسان فى الأرض . يقول الرسول ﷺ « إن قامت على أحدكم القيامة وفى يده فسيلة فليغرسها » .

وقد شاءت حكمة الله فى خلقه أن يقيم توازنا بين المخلوقات ويرتب تكاملا بين الكونيات وذلك هو مانعبر عنه اليوم باصطلاح « التبيوء Ecology » . قال عز من قائل « إنا كل شىء خلقناه بقدر » (القمر / ٤٩) . وقال تعالى « وكل شىء عنده بمقدار » (الرعد / ٨) . وقال سبحانه « وأنبتنا فيها من كل شىء موزون » (الحجر / ١٩) . ولا جدل أن الإنسان فى حياته ضمن هذه البيئة يشكل عنصرا من عناصرها إلى جانب الحيوان والنبات والجماد ولكنه عنصر يتميز بالإرادة والعقل المدرك . ومن ثم كان هو العنصر المسئول عن

الحفاظ على العناصر الأخرى « ان فى ذلك لآيات لأولى النهى » (طه / ١٢٨) .

وهكذا ننتهى إلى أن المحافظة على البيئة وعدم الإخلال بالتبيؤ هو — من حيث المبدأ — حكم من أحكام النظرية الإسلامية ، بل قد يكون شعبة من شعب الإيمان فالرسول ﷺ يقول « الإيمان سبع وسبعون شعبة أعلاها شهادة لا الا الله وأدناها إماطة الأذى عن الطريق » . ذلك أن إماطة الأذى عن الطريق صورة من صور منع التلوث وهى بذلك رمز للمدرك العام فى منع التلوث (راجع بحثا موجزا فى هذا الموضوع قدمته مجموعة من الاساتذة السعوديين كنشرة مشتركة للاتحاد الدولى لصون الطبيعة والموارد الطبيعية ومصلحة الأرصاد وحماية البيئة بالمملكة العربية السعودية سنة ١٩٨٣) .

حكم التلوث فى النظرية الإسلامية :

لعل التعرف على أحكام التلوث يقتضى أن نمهد له بمحاولة تحديد مفهوم التلوث فى النظرية الإسلامية وتحديد مفهوم التلوث فى النظرية الإسلامية يمكن أن يتوفر عن طريق استعراض الدور الذى تقوم به العناصر الرئيسة فى البيئة المحيطة بالإنسان ، لأن هذا الدور هو الذى يعين على التعرف على مايعد تلوثا ضارا تجب مقاومته والحرص على تلافيه حفاظا على البيئة وحماية لها من التلوث . إن التلوث فى النظرية الإسلامية هو التلوث الذى يعطل العنصر عن أداء وظيفته الحيوية والاجتماعية بإهداره أو تلويثه ، وذلك استنادا إلى القاعدة الفقهية « ما أدى إلى الحرام فهو حرام » .

إن العناصر الرئيسة فى البيئة المحيطة بالإنسان هى : الماء والهواء والنبات والحيوان ، ولذا أستعرض دور كل عنصر من تلك العناصر عنصرا بعد آخر وتبعا بيان مايعتبر تلويثا له محرما .

أ — الماء :

جعل الله الماء أصل الحياة ومنشأها « وجعلنا من الماء كل شيء حى »

(الأنبياء /٣٠) فيه تحيا الأرض « وماأنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها » ، (البقرة /١٦٤) ، وينبت الزرع « وهو الذى أنزل من السماء ماء فأخرجنا به نبات كل شيء » (الانعام /٩٩) . ويتطهر البدن والملبس « وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم » (الانفال / ١١) ، ويجرى عليه الفلك وتتوفر الحياة للكائنات البحرية « وهو الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك فيه مواخر لتبتغوا من فضله » (فاطر / ١٢) .

وهكذا فإن على الإنسان واجبا يقتضيه أن يحول دون تلوث الماء وتعطيله عن أداء دوره الحيوى . ولا يتحقق ذلك إلا بحماية البيئة المائية مما يجعلها قاصرة عن أن تحيى الأرض وتنبت الزرع وتطهر الإنسان وتجرى الفلك وتحتضن الحيوانات البحرية .

ب ـــ الهواء :

الهواء مصدر آخر من مصادر استمرار الحياة فمنه نستمد الأكجسين ، وهو وسيلة من وسائل التلقيح « وأرسلنا الرياح لواقح » (الحجر /٢٢) . وهو الذى يزجى الفلك « إن يشأ يسكن الرياح فيظللن رواكد على ظهره » (الشورى /٣٣) .

ومن ثم فإن الإنسان ـــ فى حكم النظرية الإسلامية ـــ مسئول عن الابقاء على الهواء نقيا خالصا غير ملوث على يجعله يحقق وظائفه التي اسلفتها .

ج ـــ النبات والحيوان :

لا جدل فى أن النبات والحيوان مسخر لخدمة الإنسان ولذا فإن على الإنسان أن يستخدمه فيما خُلق له وألا يسيء الانتفاع به على نحو يتخطى مرتبة الحرص على توفير الظروف المعيشية المناسبة . فلا يجوز مثلا العمل على أو الإهمال فى مايترتب عليه استئصال جنس نبات أو حيوان ، أو الإفراط فى تلويثه

بالزيت تلوثا يهدد الحياة البحرية . فإن فعل ذلك فقد أتى فعلا محرما لأنه يستلب البيئة مقومات الدور المعيشى الذى سخرت له .

وإن كانت مصلحة الناس هى الغاية من حماية البيئة ضد التلوث الضار فإن نشاط حماية البيئة يجب أن يستهدف وقاية الإنسان من التأثيرات التى قد يتعرض لها بسبب عوامل خارجية . ومن هنا كان محرما مثلا على المرء أن يزرع نبات الحشيشة لأنه ضار بالإنسان ، كما كان لزاما التصرف فى المواد الكيماوية والنفايات والعوادم وماإلى ذلك على نحو يبعد مخاطرها عن الإنسان ، وهكذا .

إن حماية البيئة من التلوث حرصا على صالح الناس لا يعنى الاستغناء عن المواد الضارة كلية وإنما يقصد إلى عدم تجاوز معدلات الأمان فى استخدام تلك الموارد طواعية للقاعدة الفقهية « درء المفاسد مقدم على جلب المنافع » . وإلا وجب ازالة الضرر على نحو يتماشى مع القاعدة الأصولية لإزالة الضرر بمثله أو بضرر أكبر منه . فإن استحال ذلك وجب الاستغناء عن تلك المواد الضارة قدر المستطاع واتخاذ الوقاية اللازمة ضد مايتهدد البشر من مخاطرها أخذا بالقاعدة الفقهية « يختار أهون الشرين » . والمثل يوضح ماأقول : إن المبيدات الحشرية هى من المواد الضارة ولكن هناك حاجة إلى استخدامها لإبادة الهوام الضارة . ومن ثم فإن استخدامها يجب ألا يصل إلى حد تلويث البيئة وتهديد الحياة البشرية لأن القاعدة الاصولية تقول « لا ضرر ولا ضرار » . وهكذا الأمر بالنسبة للمواد الأخرى مثل المواد المشعة والمخدرات والمسكرات .

وإذن فتلويث البيئة هو تعطيل للموارد الطبيعية وإتلاف للدور الذى خلقت من أجله فإن كان ذلك دون مبرر مشروع فهو تلويث محرم لانه يدخل فى حكم الإفساد فى الأرض « ولاتفسدوا فى الأرض بعد اصلاحها » (الأعراف / ٥٦) . وهكذا نجد أن النظرية الإسلامية لا تقتصر على تحريم التلوث البحرى بل تحارب كل صور التلوث البرية والبحرية والجوية وتتطلب من الدول أن تبذل الجهد الكافى على المستويين ــ الوطنى والدولى ــ لحماية البيئة عموما من التلوث سواء باتخاذ الاجراءات الوقائية أم بإبرام الاتفاقات الجماعية .

ويطيب لى أن أختم الكلام عن التلوث فى النظرية الإسلامية برأيى الخاص الذى انتهيت فيه إلى أن الاتجاهات الدولية المعاصرة فى شأن حماية البيئة من التلوث ـــ سواء كانت واقعية أم تعاهدية ـــ تعتبر فى نظرى جزءا من شرح النظرية الإسلامية فى هذا الخصوص لأنها اتجاهات تدرأ المفاسد وليس فيها مايعارض نصا فى القرآن أو الحديث ومن ثم فما هو قائم حاليا من معاهدات بشأن حماية البيئة يمكن أن يندرج ضمن أحكام النظرية الإسلامية فى محاربة التلوث . وهكذا نجد أن احكام حماية البيئة من التلوث هى من المجالات التى تتكامل فيها أحكام النظريتين : الإسلامية والمعاصرة .

وتحدونى الرغبة فى الإيجاز ـــ التى هى د يدن هذه الدراسة ـ إلى الإمساك عن الإفاضة فى موضوع يمكن أن يستغرق دراسة واسعة ، ولذا اجتزىء بما قدمت وفاء بالغرض « وإذا تولى سعى فى الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد » (البقرة / ٢٠٥) .

صورة خاصة من التلوث : مطر السوء (المطر الحامضى) :

يرجع وجود الحموضة فى الجو إلى توافر ايونات الهيدروجين . والواقع أن المطر الذى ينزل من المعصرات ليس دائما ماء خالصا فهو يحمل من السحاب ماقد يعلق به من جزئيات صلبة ، كما تتأثر الحموضة بتوافر مواد أخرى مثل التراب والمخلفات وغازات أخرى تصدر عن مصادر طبيعية مثل البراكين وحرق الغابات . كل هذا يمكن أن يشحن السحاب بتركزات تتراكم ويكون لها تأثيرها على التبيؤ المائى . ولذا فإن مايعلق بالمطر من مواد قد يكون له اثره الطيب أو السيء على التربة وماينجم بها من زراعات . وهذا قد ينتقل عبر السحاب من دولة إلى اخرى .

والحق أن احكام القانون الدولى المعاصر فى شأن التلوث الذى يعبر الحدود من دولة إلى دولة لازالت فجة ولا سيما فيما يتعلق بالمطر الحامضى . وكل مايمكن أن نشير اليه من وفاقات دولية فى هذا الخصوص انما يتناول المشكلة تناولا عاما ضمن تصورات أشمل وأحكام أعم ، حال تصريح ستكلهم سنة

١٩٧٢ . ولذا فإننا نلجأ عادة للمبادىء العامة كى نقيم عليها الحكم المناسب لهذا النوع من التلوث مثل الالتزام العام بالحرص والعناية الذى يجب أن تراعيه الدول فى تصرفاتها لا سيما تلك التى يمكن أن تمس مصالح غيرها من الدول وهو التزام تسأل عنه الدول بناء على ماتمارسه من سيادة على اقليمها . كذلك مبدأ حسن الجوار الذى يقتضى ان تتوخى الدولة اعتبار الود والمجاملة حيال الدول المجاورة وألا تسمح بأن يستخدم اقليمها على نحو يضر بجيرانها . وقد اعتمدت محكمة التحكيم ذلك المبدأ فى قضية Smelter بين كندا والولايات المتحدة حيث عبر التلوث من الاجواء الكندية إلى الإقليم الامريكى . هذا فضلا على مبدأ التضامن والقسط الذى يفرض على الدولة أن تمتنع مسبقا عما يمكن أن يتسبب فى التلوث فور امكانها وعدم التراخى فى اعلام الدول المعنية باحتمالات تعرضها للتلوث من هذا القبيل والتشاور والتعاون فى شأنه ، كما لا ننسى فى هذا الخصوص مبدأ التعسف فى استعمال الحق الذى يقتضى أن نستهدف حسن النية فيما نأتيه من تصرفات حيال الغير .

والطريف أن القرآن الكريم لم يستخدم لفظة المطر الا وهى مقترنة بالسوء أما المطر الخير فقد عبر عنه الكتاب العظيم بلفظة الماء فحسب . ومن ثم فإن المطر — فى تعبير التنزيل الحكيم — قد يكون بغير الماء كقوله تعالى « وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل منضود » (هود / ٨٢) . ولذا عنونت البحث بعنوان « المطر السيء » . « وأمطرنا عليهم مطرا فساء مطر المنذرين » (الشعراء / ٧٣) . « ولقد أتوا على القرية التى أمطرت مطر السوء » (الفرقان / ٤٠) .

واجراء المطر بداهة هى قدرة من قدرات الله « وأمطرنا عليهم مطرا فانظر كيف كان عاقبة المجرمين » (الاعراف / ٨٤) .

إن قصدى من الاستشهاد بالآيات الكريمة السالفة هو اثبات الحقائق التالية :

١ — قد يكون المطر ماء وقد يكون غير ماء أو قد يكون الاثنين معا فإن كان ماء فانه قد يكون الماء الذى جعل الله منه كل شيء حى ، هذا يسميه القرآن «ماء» فحسب وقد يكون ماء ملوثا وهذا هو مع السوء .

٢ — يعود سوء المطر إلى وجود عناصر تلوث الماء لانه لو كان ماء غير ملوث لاندرج تحت حكم الماء الطهور الذى يحيى به الله كل شيء ، أو عناصر ليست بماء لان نزول غير الماء من السماء فى هيئة مطر لا يرتب الا الاذى لاهل الارض .

ومن ثم فإننى انتهى من ذلك إلى أن تصور المطر الحامضى — بوصف انه ماء ملوث أو هو شيء غير الماء — هو من التصورات التى يمكن أن تندرج تحت المفهوم القرآنى للمطر السيء . وأن مطر السوء هذا انما يصيب القوم بأضرار بالغة يصل سؤوها إلى حد أنها قد تكون نوعا من العذاب الإلهى . وهكذا فإن القرآن الكريم قد عرض منذ خمسة عشر قرنا لصورة عامة يمكن أن تنصرف فى بعض جزئياتها إلى مانطلق عليه اليوم مطر السوء الحامضى

بيد أن القرآن الكريم عرض هذه الظاهرة الطبيعية على انها قد تقع بالقوم كعقاب الهى ونحن هنا نبحث فى الظاهرة كحقيقة زمنية والحقائق الزمنية ايضا فى مفهوم القرآن قد تكون آيات يقربها الله للناس حتى يعلموا انه الحق فهى واقع أو مثل فى صورة واقع . وهنا استخدمت الآيات ما تضمنه معنى الاصابة بالاضرار .

ان المطر السيء قد يكون سيئا باراده الهيه مباشرة دون تدخل بشرى أى دون أن يجعل الله للنشاط البشرى دورا مباشرا فى تلويث المطر وهذا فرض لا ابحثه ولا أناقشه لأن هذا مما يدخل فى ظواهر ماوراء الطبيعة التى لا رقابة للقانون عليها ولا حساب له فيها . وقد يكون سوء المطر بفعل البشر وعندئذ يتدخل القانون لترتيب المسئولية على الدولة المتسببة فى التلوث طبقا لشروط المسئولية اى حدوث الفعل غير المشروع وتحقق الضرر وقيام علاقة سببية بين الفعل والضرر ولا يهم هنا ان كان الله قد سخر الدولة المسئولة لايقاع الضرر

بالدولة المتضررة أم ان لله تعالى حكمة من وراء ذلك لان القانون يحكم على الظاهر والله يتولى مافى الكون من سرائرفلوأن شخصا قتل آخر فإنه انما نهى حياته فى اللحظة التى قدر الله للقتيل أن يموت ولكن المحكمة لن تعفى القاتل من المسئولية على اساس ان اجل الإنسان هو من قدرات الله وأسراره . وهكذا الامر فى المطر السيء أو الملوث فانه يقيم المسئولية مادام ان التلوث قد حصل بفعل مباشر من الدولة المسئولة لان هذا بما يدخل فى حكم افساد الارض ، وقد نهى الله تعالى عن ذلك « ولا تعثوا فى الأرض مفسدين » (البقرة / ٦٠) « ولا تبغ الفساد فى الأرض ان الله لايحب المفسدين» (القصص / ٧٧) . ومن ثم فإن الدولة التى تتسبب فى تلويث السحاب الذى أزجاه الله مطرا ضارا فى بلد آخر انما تسأل عن معقبات ذلك الضرر وهى مسئوليةموضوعية ، كما قلت ، تبنى على علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر. «فلما رأوه عارضا مستقبل أوديتهم قالوا هذا عارض ممطرنا بل هو ماستعجلتم به ريح فيها عذاب أليم » (الأحقاف / ٢٤) .

« ونزعنا مافى صدورهم من غل تجرى من تحتهم الأنهار وقالوا الحمد لله الذى هدانا لهذا وماكنا لنهتدى لولا أن هدانا الله لقد جاءت رسل ربنا بالحق ونودوا أن تلكم الجنة أورثتموها بما كنتم تعملون » .

قرآن كريم

صدق الله العظيم






Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

